

ЧАБА ВАРГА
ПРАВО
Теория и философия

Publications
of the Project on
Comparative Legal Cultures
of the Faculty of Law
of Loránd Eötvös
University in Budapest

Публикации проекта
сравнительного исследования
правовые культуры
юридического факультета
университета им.
Этвэша Лоранда

(H-1364 Budapest V, Egyetem-tér 1-3)

PHILOSOPHIAE IURIS

ФИЛОСОФИИ ПРАВА

redigit

под редакцией

Csaba Varga

Чаба Варга

ПРАВО
Теория и философия

ЧАБА ВАРГА

Будапешт
1994

ISBN 963-462-850-8
ISSN 1218-0610

© Csaba Varga & original holders

For the realisation of the tasks defined in and thanks to the finances granted by,
among others,
various EC PHARE & TEMPUS Projects

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	xi
Библиография	xiii

Статьи

Zásadní otázky vývoje a současnosti kodifikace právních institutů	3
1. Problém jednoty projevů myšlenky kodifikace v historii	3
2. Pojem vývoje a vývoj kodifikace	11
3. Obečný pojem kodifikace	14
Резюме	20

[*Revvoj teorii o súdnu a právu a súčasnosť* J. Blahoz, V.S. Nersesjanc a kol.
(Praha: Academia 1988), Kapitola IV, стр. 68-84. резюме, 290 стр.
(Československá akademie věd)]

Понятис кодификации и историчность явления кодификации	20
---	----

[*Állam- és Jogtudomány*, XVIII (1975) 3, стр. 436-463]

Изменение общества и права и вопросы кодификации, уделяя особое внимание социалистическим кодексам	21
1. Дialeктика общественного изменения и сохранения в ходе исторического развития кодификации	22
2. Вопрос о возможности кодификации, воспринятой основным средством правотворчества общественного изменения	28
3. Параллельность общественного и кодификационного изменений: обратная связь и ее формы в социалистических кодексах	35
Списки	40

[*(Warszawa: Polska Akademia Nauk Instytut Państwa i Prawa 1974)* 20 стр.]

Rozwój prawa a jego kodyfikacja	41
1. Dialektyka społecznych zmian i zachowania w procesie historycznego rozwoju kodyfikacji	41
2. Zagadnienie możliwości kodyfikacji jako podstawowego narzędzia prawodawstwa wprowadzającego zmiany społeczne	45
3. Paralelizm zmian społecznych i kodyfikacyjnych: "sprzężenie zwrotne" i jego formy w kodyfikacjach socjalistycznych	49
Przypisy	51

[*Prawotwórstwo socjalistyczne* red. Adama Lepańska u Andrzej Balaban
(Warszawa 1979), стр. 349-360 (Polska Akademia Nauk, Instytut Państwa i Prawa)]

Систематизация и кодификация законодательства	53
Списки	57

[перевод с венгерского *Állam- és Jogtudomány*, XXII (1979) 1, стр. 65-91]

Взаимосвязь правотворчества и правоприменения	59
Сноски	64
[перевод с венгерского <i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXI (1978) 3, стр. 339-366]	
Ленин и революционное законодательство	67
[В. И. Ленин о социалистическом государстве и праве ред. В. М. Чхиквадзе и Б. Н. Топорнин, (Москва: Издательство "Наука" 1969),	
"В. И. Ленин — основоположник социалистического права", 3. глава, стр. 271-280	
(Академия Наук СССР, Институт Государства и Права)]	
Ленин и революционное правотворчество	76
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XII (1970) 1, стр. 56-57]	
Завершение социалистической кодификации	77
1. Кодификация в европейских и азиатских странах народной демократии	77
2. Рекодификация как типовой знак социалистической кодификации	82
Сноски	84
[перевод с английского <i>Codification as a Socio-historical Phenomenon</i> (Budapest: Akadémiai Kiadó 1991), 8. глава, пункты 3-5., стр. 218-246]	
Ministerské odůvodnění a jeho úloha ve zprostředkování právních hodnot	89
I. Principiální a historické základy vzniku ministerského odůvodnění	90
II. Možné a žádoucí funkce ministerského odůvodnění v socialistickém právu	98
III. Ministerské odůvodnění a jeho význam při výkladu právních norem	102
[<i>Súdní správa</i> , 1978/3, стр. 84-103]	
Законодательство и его ответственная сознательность Министерская мотивировка законопроекта и ее принципиальные вопросы	108
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XX (1977) 1, стр. 68-99]	
Preamble — otázka právní vědy	109
I. Pojem preamble	111
II. Obsah a funkce preamble	114
III. Normativita obsahu preamble	117
IV. Problém odůvodnění používání preambul z hlediska socialistické právní politiky	128
[<i>Súdní správa</i> , 1978/4, стр. 69-93]	
Проблема пресамбл в практике правотворчества	133
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XIV (1970) 2, стр. 249-307]	
Пресамбула как вопрос теории права	134
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , XII (1971) 1-2, стр. 101-128]	
Preambula kao pitanje teorije prava	134
[<i>Súdní právní život</i> , (1971) No. 73, стр. 22]	
За самостоятельность правовой политики	135
1. Связь политики и права	135
2. Правовая политика как проводник в связи политики и права	135
3. Правовая наука, правовая политика и право права	136
4. Необходимость самостоятельности правовой политики	138
[перевод с венгерского <i>Társadalomkutatás</i> , 1983/3, стр. 5-10]	

Теоретическое содержание права как надстройки	139
Сноски	142
[перевод с венгерского <i>Magyar Filozófiai Szemle</i> , XXX (1986) 1-2, стр. 35-75]	

Појам права у Лукачевој онтологији	145
[Марксистичка Мисао, 1983/3, стр. 189-209]	
Pojam prava u Lukačevnoj ontologiji	166
[Strani pravni život, (1980) No. 108, стр. 53-55]	

Диалектика развития правовых инструментов

Предметное исследование презумпции и фикции как средств юридической техники	169
I. "Презумпция"	170
1. В процессе судебного установления фактов	172
2. В нормативной дефиниции фактов: <i>praesumptio juris tantum</i>	173
3. В нормативной дефиниции фактов: <i>praesumptio juris et de jure</i>	174
4. В юридической области	174
Относительно "презумпции"	178
1. Функции	178
2. Презумпция и фикция	180
3. Неоправданность эпистемологического обоснования в отношении нормативной области	181
4. Технический аппарат презумпции	182
II. "Фикция"	184
1. В лингвистическом формировании правовых норм	184
2. В применении правовых норм судом	185
3. В доктринальном отражении правовых норм	187
4. В теоретической реконструкции правовых норм	188
5. В правовом отношении	190
Относительно "фикции"	192
1. История и сущность: от истоков к юридической фикции	192
2. Классификация	196
3. Право как фикция	197
4. Презумпция и фикция	200
Литература	201
[перевод с английского <i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , LXXIV (1988) 2, стр. 168-184]	

Разделение властей — идеология и утопия в политической мысли

Примечания	205
	212
[перевод с французского <i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , XXVII (1985) 1-2, стр. 243-250]	

Право как история	215
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , XXX (1988) 1-2, стр. 240-247]	

[В. А. Четвернин Реферативный журнал за рубежом: Общественные науки: Серия 4. Государство и право, 1987/1, стр. 28-30]	222
--	-----

Слобода, једнакост и појмовни минимум правне комуникације	225
Дилеме безакоња и законитост	226
Патологије правног посредовања	234
Право и питање појмовног минимума	241

[Зборника Матиче српске за друштвене науке, број 88/1990, стр. 59-78]

Резюме / Рецензии

Významnejšie súčasné sústavy vysokoškolského vyučovania práva	247
[Štefan Luby in <i>Právny Obzor</i> , LI (1968) 8, стр. 732-733]	
Кодификационные предформы в развитии права древнего мира	248
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVII (1974) 1, стр. 83-100]	
Проявления кодификации в развитии права средних веков	248
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVIII (1975) 1, стр. 135-158]	
Тенденции к кодификации в эпоху просвещенного абсолютизма	249
[<i>Jogtudományi Közlemények</i> , XXXI (1976) 2, стр. 70-80, резюме, стр. 108]	
Рождение классического типа кодификации во Франции	249
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVII (1974) 3, стр. 457-479]	
Поздние кодексы и кодификационная проблематика буржуазного преобразования	250
[<i>Jogtudományi Közlemények</i> , XXXII (1977) 6, стр. 320-329]	
Кодификация в англосаксонских системах	250
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVI (1973) 4, стр. 611-634]	
Формирования кодификационных попыток в Соединенных Штатах Америки	251
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XV (1972) 2, стр. 305-329]	
Модернизация права и тенденции его кодификации в афро-азиатском правовом развитии	252
[М. А. Супатаев <i>Советское государство и право</i> , 1978/12, стр. 148]	
Рождение социалистической кодификации в СССР и Завершение социалистической кодификации / Развертывание нового, социалистического типа кодификации	253
[<i>Jogtudományi Közlemények</i> , XXIX (1974) 2, стр. 559-567, резюме, стр. 602 и XXX (1975) 1, стр. 11-20; <i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , XVII (1975) 1-2, стр. 111-138]	
Иллюзии в развитии идей кодификации / Iluzije u razvoju ideje o kodifikaciji	254
[<i>Jogtudományi Közlemények</i> , XXXI (1976) 8, стр. 434-441, резюме, стр. 491. и <i>Sírdni pravni život</i> , (1978) No. 98, стр. 26-28]	
"Рациональность и кодификация права"	256
[<i>Szociológia</i> , 1975/3, стр. 359-378]	

Типы кодификации в развитии кодификации / <i>Típusi kodifikációja u kodifikációnom gazvoju</i>	257
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XIX (1976) 1, стр. 26-54; <i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , XIX (1977) 1-2, стр. 31-54 и <i>Szédségi pravni život</i> , (1978) No. 99, стр. 38-40]	
Кодификационное явление: его историческая сущность и актуальное значение	259
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XX (1977) 4, стр. 568-574]	
Кодификация как общественно-историческое явление	259
[Реферативный журнал за рубежом Общественные науки. Серия 4: Государство и право, 1981/4, стр. 26-29]	
Kodifikáció ako spoločensko-historický jav	263
[L[eonard] Bianchi in <i>Právny Obzor</i> , 64 (1981) 1, стр. 60-63]	
Кодекс как система Системность кодекса и невозможность его аксиоматического понимания	267
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XVI (1973) 2, стр. 268-299]	
Право и системный подход к праву / Право и системный подход к праву	267
[<i>Magyar Filozófiai Szemle</i> , XX (1976) 2, стр. 157-175 и <i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , XXI (1979) 3-4, стр. 295-319]	
Об общественной определенности правовой аргументации / <i>Ö drustvenoj određenosti pravnog rasudivanja</i>	268
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XI (1971) 2, стр. 249-285 и <i>Szédségi pravni život</i> , (1972) No. 77, стр. 27]	
Судейская деятельность и ее логика Противоречие между идеями, действительностью и перспективами	269
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXV (1982) 3, стр. 464-485]	
Основные теоретические вопросы правотворчества	270
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXII (1979) 1, стр. 65-91]	
Основы теоретического толкования применения права	270
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXI (1978) 3, стр. 339-366]	
Учение Кельзена о применении права	271
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXIX (1986) 4, стр. 569-591]	
Импутативный характер установления судьей фактов	271
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXXI (1989) 2, стр. 496-543]	
Импутативный характер установлений судьей фактов	271
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXXI (1989) 3, стр. 30-93]	
Проблема определения права в социалистической теоретической литературе 1960-х годов	272
[<i>Állam- és Jogtudomány</i> , XXII (1979) 3, стр. 475-488]	
Макросоциологические правовые теории от "представления о мире юриста" к социальной теории права	273
[<i>Szociológia</i> , 1983/1-2, стр. 53-78]	
"Внешнее" и "внутреннее" в праве	273
[<i>Jogtudományi Közlemény</i> , XXXVIII (1983) 11, стр. 683-688]	

Драматизированное правописание истории и классового сознания у Лукача	274
[Szociológia, 1979/4, стр. 383-397]	
Вопрос формальной рациональности в праве	274
[Magyar Filozófiai Szemle, XXII (1978) 4, стр. 489-504]	
"Всп" и овеществление в праве	275
[Állam- és Jogtudomány, XXI (1978) 1, стр. 61-81]	
"Место права в системе взглядов Дьердя Лукача" / "The place of law in Lukács' world concept"	275
[Jozef Karpat in Právny Obzor, 66 (1983) 2, стр. 164-166]	
	277
[Jerzy Wróblewski in Państwo i Prawo, XLII (1987) 4, стр. 117-118]	
Внутренняя моральность права	279
[K[atalin] Szamel in Реферативный журнал за рубежом Общественные науки. Серия 4: Государство и право, 1988/4, стр. 19-21]	

Предисловие

В последние десятилетия ряд моих научных трудов были переведены на русский в рамках многостороннего методологического сотрудничества, реализованного советским Институтом государства и права и возглавляемого профессором В. С. Персеяниц, а также по просьбе редакций отдельных советских юридических журналов. К переводу моих трудов способствовал и тот факт, что мне посчастливилось встретиться с С. Лужковым, научным сотрудником МГИМО, владеющим как специальными правовыми знаниями, так и языковыми способностями. Однако значительная часть переводов существовала только в рукописной форме. Поэтому в этом сборнике — используя и реализуя, в частности, средства программы ЕС "Темпус" и "Фар" — я публикую отмеченные выше рукописные материалы.

Пользуясь этим случаем в сборник я включил и вышедшие в свет на разных славянских языках (русский, чешский, польский, сербский, хорватский) труды, а также связанные с ними резюме и рецензии.

Проф. Чаба ВАРГА

старший научный сотрудник,

Институт Государства и Права Венгерской Академии Наук

профессор, главный координатор проекта "Темпус"

(сравнительно-правовые культуры), юридического факультета Университета
им. Этвэша Лоранда

(H-1364 Budapest, Egyetem-tér 1-3)

(H-1364 Будапешт, Egyetem-tér 1-3)

Книги, опубликованные автором

A felsőfokú jogi oktatás főbb mai rendszerei [Главные системы современного вузовского преподавания права] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1967) 210 p.

A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség [Кодификация как общественно-историческое явление] (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979) 351 p.; *Codification as a Socio-historical Phenomenon* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1991) viii + 391 p.

A jog helye Lukács György világképében [Место права в системе взглядов Дьердя Лукача] (Budapest: Magvető 1981) 287 p. [Gyorsuló Idő]; *The Place of Law in Lukács's World Concept* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985) 193 p.

Politikumi és logikai a jogban [А jog társadalomelmélete felé] [Политика и логика в праве: Пути к общественной теории права] (Budapest: Magvető 1987) 502 p. [Elvek és Utak]

A bírói ténymegállapítási folyamat természete [Характер судейского определения фактов] (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992) 269 p.; *A Theory of the Judicial Process* The Establishment of Facts (Budapest: Akadémiai Kiadó) [в печати]

A jogi gondolkodás paradigmái [Парадигмы юридического мышления: Введение в философию наук и философию языка] (Budapest: Századvég) cca. 200 p. [в печати] [Jogfilozófiai]; *Paradigms of Legal Thinking* Philosophy of Science and Philosophy of Language Considerations (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project) [в печати] [Philosophiae Iuris]

Law and Philosophy Selected Papers in Legal Theory (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project 1994) [в печати] [Philosophiae Iuris]

Transition to Rule of Law Hungary from Communism to Democracy (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project) cca. 100 p. [в печати] [Philosophiae Iuris]

Издания под редакцией автора

Modern polgári jogelméleti tanulmányok [Статьи о современной буржуазной теории права] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1977) 145 p.

Jog és filozófia [Право и философия: Сборник избранных работ представителей буржуазной теории права первой половины нашего столетия] (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981) 383 p.

Tradition und Fortschritt in der modernen Rechtskulturen Proceedings of the 11th World Congress in Philosophy of Law and Social Philosophy in Helsinki, 1983, ed. Stig Jørgensen, Yuh Pöyhönen & Csaba Varga (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1985) 258 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 23]

Rechtsgeltung Ergebnisse des Ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1985, hrsg. Csaba Varga & Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986) 136 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27]

Hans Kelsen *Tiszta jogtan* [Чистая теория права] [Reine Rechtslehre, 1934] Bibó István fordításában [1937] (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem Bibó István Szakkollégium 1988) xxii + 106 p. [Jogfilozófiák]

Rechtskultur - Denkkultur Ergebnisse des Ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1987, hrsg. Erhard Mock & Csaba Varga (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989) 175 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]

Biotechnologie, Ethik und Recht im wissenschaftlichen Zeitalter Proceedings of the World Congress in Philosophy of Law and Social Philosophy in Kobe, 1987, ed. Tom D. Campbell, Robert C. L. Moffat, Setsuko Sato & Csaba Varga (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1991) 180 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 39]

A világ főbb jogrendszerai [Главные системы права мира] ed. Gábor Hamza, Pál Horváth, Gábor Bánfalvi, Katalin Szegvári Nagy, Mihály T. Révész & Csaba Varga (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem 1991) 369 p. [Összehasonlító Jogtörténeti Tanulmányok]

Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik Ungarisch-österreichisches Symposium der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990, hrsg. Peter Köller, Csaba Varga & Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1992) 185 p. [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 54]

Comparative Legal Cultures (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1992) xxiv + 614 p. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Series ed. Tom D. Campbell, Legal Cultures 1]

Marxian Legal Theory (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1993) xxvii + 530 p. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Series ed. Tom D. Campbell, Schools 9]

Carl Schmitt *Politikai teológia* [Политическая теология] (Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar TEMPUS "Összehasonlító Jogi Kultúrák" 1992) xx + 41 p. [Jogfilozófiák]

Igazságtétel jogállamban Német dokumentumok [Посткоммунистическое правосудие в правовом государстве: Сборник немецких документов] (Budapest: Windsor Klub 1994) [в печати] [Hungarian Windsor Club Papers]

European Legal Cultures ed. Volkmar Gessner, Armin Höland & Csaba Varga (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1994) cca. 500 p. [в печати] [European Law Textbook Series]

am p... (continued) ...

... 1965 ...

... 1965 ...

... 1965 ...

... 1965 ...

... 1965 ...

... 1965 ...

Tudományegyetem 1965 ...

... 1965 ...

Статьи

Zásadní otázky vývoje a současnosti kodifikace právních institutů

I. Problém jednoty projevů myšlenky kodifikace v historii

V monografii, v níž byl proveden pokus ukázat, jak se myšlenka kodifikace projevovala,¹⁾ byl formulován obraz historického projevu kodifikace v teorii i praxi. Ačkoliv tento popis ukázal logický sled různých forem, soustředil se přesto na *specifické* problémy kodifikace každého historického období i společenské situace tak, jak vznikaly. Ty byly pokládány za více méně *nezávislé* ukázky těch problémů, pro které dřívější formy kodifikací snad byly tradiční, ale které pořád ještě museli řešit specifické kodifikační problémy a uspokojovat specifické požadavky *na daném místě* a v *danou dobu*. To byl důvod, proč se má studie podobala celé sérii studií těchto otázek. Přes svou systémovou formu se snažila zpracovat typické problémy v rámci základní situace ve všeobecném vývoji práva. To se stalo ze zvláštních důvodů.

Vycházíme z poznatku, že mezi různými projevy kodifikace existuje určitý společensko-historický spojovací článek. Tento článek však nelze nikterak pokládat za přímočarý a přímo související. Ani historický jev kodifikace a zajisté ani sám základní problém kodifikace nejsou jednotné a homogenní. Různá období a vývojová stádía atd. způsobila trvalou *různorodost*.

Ve spíše tradičním teoretickém přístupu byl jev kodifikace chápán jako *daný*, jako pouhý důsledek *normativních* požadavků na definici tohoto pojmu. Jev kodifikace byl spojován s určitými myšlenkami nebo modely. Francouzský *Code civil* sloužil hlavně jako model. Tento snad nejskvělejší, nejvlivnější a nejvíce průkopnický čin v celé historii kodifikace přestal být sám sebou, tj. specifickým dílem, které vzniklo za konkrétních podmínek a k uspokojení konkrétních potřeb. Skutečnost, že vytvořil typ, vyplynula z jeho vlastní kvality a historické situace a proto sám o sobě nemohl být příčinou nějakého teoretického zkomolení. Protože však současně byl více než jen typem, totiž vzorem *moderního pojmu kodexu*, mohl nějaký nepatrný společný jmenovatel jistě vést k takovému zkomolení. Z *Code civil* nevyplyvá *eo ipso*, že by se měl stát vzorem pro pojem kodexů at' minulých

¹⁾ Cs. Varga, A kodifikáció mint társadalmi-történelmi (Kodifikace jako sociálněhistorický fenomén), Budapest, 1979.

či budoucích. Vytvořil druh vyšší organizace jevu kodifikace a tím se stal zakladatelem tradice, inspirující další vývoj. Avšak nezničil staré anebo rozdílné formy a nepromítl se ani do minulosti ani do budoucnosti. Přes svůj historický význam zůstal *zvláštním druhem projevu*: nebyl schopen vyloučit jiné zvláštní projevy.

A to je právě přesně to, co se stalo s teoriemi, které ztotožňovaly kodifikaci s tím zvláštním rozvinutým a stále jen historickým jevem, jakým byl Code civil. Stejná tendence se objevila i v teoretickém pojmu socialistické kodifikace, která pokládala kodifikační činnost za vyvrcholení pozdního nástupu buržoazní proměny. Socialistická teorie pochopila svůj aktuální právněpolitický úkol správně. Ale ani to nemůže změnit nic na skutečnosti, že někteří autoři odhistorizovali historický pojem kodifikace, dialektický pohled na ni překroutili v dogmatismus, když abstrahovali zkoumání v minulosti (rozumně z právního hlediska politických úvah daného období) teoreticky na *výlučně* platný pojem a učinili jej jediné možným pojmem kodifikace. Tuto snahu podporovalo to, co Engels nazval „ideologickým pojmem“. Je to sled dedukcí „uskutečněný tzv. myslitelem vědomě, avšak s falešným sebevědomím. Skutečná hnací síla mu zůstává nadále cizí . . .“²⁾ neboť metodologicky šlo o to, že *postulovali pojem kodexu a aplikovali jej na historii jako absolutní měřítko*, jako něco, čeho musí být dosaženo *sine qua non* tím, že budou správně pochopeny charakteristické, kodexu podobné rysy historických projevů myšlenky kodifikace.

Zásada historičnosti jakékoliv opravdové marxistické teorie ukázala přesně, že ve vývoji kodifikace neexistuje nějaký vzor, který by mohl být obhajován jako absolutní měřítko. Toto kritické stanovisko nás však nezbavuje povinnosti objasnit pojem kodexu.

Všechny skutečně historické pojmy se musí snažit vyhnout domněnce, že „pojmy“ a „obsah“ jsou dány *ab ovo* a že zbývá pouze jeden úkol: aplikovat je na historii a hodnotit výsledky, které se během historie dostavily. Musí usilovat o to, aby se odlišily od procesů společenského vývoje jako takového, aby v něm našly konkrétní jádro představující zkoumaný jev jako více méně adekvátní řešení. Z hlediska teoretického výzkumu je zajímavý *proces*, v němž se *problém* objevil a došel výrazu, a který byl později vyřešen vypracováním a uplatněním navzájem se hodících *prostředků*. Tyto prostředky proto nejsou především a přímo ve vzájemném vztahu, nýbrž ve vztahu ke společenskoprávní situaci, která si je osvojuje a vytváří. Jev kodifikace není nikdy funkcí jiného (kodifikačního atd.) jevu, ale funkcí konkrétní společenské a právní situace. Proto není do sebe uzavřeným, sebeuspokojeným jevem; vznikl vždy jako *více méně adekvátní forma konkrétního obsahu*.

Pouze takto se nám dostane odpověď na otázku: jak je možné vypracovat identické kodifikační metody jako závěry společenskoprávních procesů, jejichž pod-

²⁾ B. Engels, Dopis K. Schmidtovi z 27. října 1890, in: K. Marx, B. Engels, Vybrané spisy sv. II, Praha 1950, str. 515 n.; B. Engels, Dopis F. Mehringovi ze 14. července 1883, in: *tamtéž*, str. 523.

mínky jsou různé, (např. přijetí římské císařské kodifikace a jejích základních závěrů, hodicích se na podmínky otrokářské, cizí duchu křesťanství, usilující o politickou konzervaci), evropskými, byzantskými a byzantinskými systémy středověkého feudalismu, který se hlásil ke křesťanství; nebo vyzařování Code civil usku- tečňující buržoazní obnovu a národní sjednocení za francouzské revoluce do celé řady feudálních (nebo polofeudálních) zemí Evropy, Ameriky, Asie a Afriky na začátku buržoazního vývoje či o něj usilující? Jak je možné vypracovat různé metody kodifikace (nebo ne-kodifikace) jako závěry procesů probíhajících v totožných společenskoprávních podmínkách (např. římský Zákon XII desek a počáteční čínské kodexy), které by byly metodami v úsilí o poznávání práva? Jak použít různorodých kodifikačních metod při modernizaci právními prostředky na africkém kontinentu? Jak je možné, že dojde ke kodifikaci, jejíž výsledek je z hlediska kodifikace třeba hodnotit jako důležitý, i když se navenek nepodobá kodexu (např. situace v praxi představitelů obyčejového práva — *coutimierů* — ve středověké Evropě; kompilace carských ukazů v chronologických sbírkách Ruska v 19. století nebo používání doktrinářských prací jako náhrady za kodex v Británii na konci století)? Ve společenském a právním vývoji je otázkou, které faktory se mohou stát kodifikačním problémem, které podmínky mohou ovlivnit situace okolo kodifikace, které technické prostředky mohou působit na důležitá řešení. Tyto otázky mohou být zodpovězeny pouze pomocí obsahové analýzy příslušných společenských a právních procesů.

Všeobecně řečeno, může být objevení se jevu kodifikace vysvětleno situací, která se vyvinula ve společnosti pod vlivem různých ekonomických, politických aj. faktorů, když právo už nemůže dále sloužit, leda by se vyvinula určitá jiná metoda. To je situace, za níž právo, mající mít určitý obsah, už neuspokojuje: *specifická formální organizace* daného obsahu se stává *nezbytnou pro adekvátní fungování* právní nadstavby.

Než budeme zkoumat jednotlivé složky definice, měli bychom věnovat pozornost jedné z příčin komplexnosti kodifikačního procesu. Mezi nutností kodifikace a rozhodnutím kodifikovat existuje subjektivní pohnutka: potřeba kodifikace by měla být pociťována jako něco, co volá po řešení cestou kodifikace. Tato pohnutka má dvojí subjektivitu tím, že je postulatoří co do dostatečnosti lidského poznání: je subjektivizováno částečně o zkušenost opřenou znalostí *objektivního* faktu nutnosti, částečně *vědomím kodifikačního* charakteru. Důležitost subjektivního motivu je dána jeho objektivním určením. Jak to vyslovil Marx: „lidstvo si vždycky klade ty otázky, které je schopno vyřešit, neboť při bližším pohledu se ukáže vždycky, že otázka sama se objeví jen tehdy, když už existují nebo přinejmenším vznikají hmotné podmínky pro její řešení.“³⁾ Toto vymezení společenské změny (kdy vše je řečeno a uděláno, je to jednosměrné, ale založené na složitém a vzá-

³⁾ K. Marx, Ke kritice politické ekonomie, předmluva, in: K. Marx, B. Engels, Vybrané spisy sv. 2, Praha 1977, str. 467.

jemném mechanismu vlivu) znamená, že společenské cíle jsou podmíněny vyhlídkou na jejich skutečné splnění. Pokládáme-li tedy kodifikaci za formu s určitým *obsahem*, pak ji spojujeme s obsahovými procesy, které také od případu k případu mění to, jak sám problém kodifikace je vznášen: vyvolávají jej znovu a znovu.

Potřeba kodifikace závisí v první řadě na tom, jak je specifický obsah ke splnění specifických funkcí formálně organizován. Protože sám obsah kodifikace je právním obsahem, musíme brát v úvahu nejen ekonomické, společenské aj., ale i druhotné (ač velmi důležité) okolnosti, jako např. zda zákon je výsledkem zákonodárného nebo obyčejového právního vývoje, zda je sledován ústředně nebo individuálně, zda je výsledkem vnitřního vývoje nebo byl přenesen z cizích pramenů, zda institucionalizuje nový společenskoekonomický systém nebo prostě jen vylepšuje a vyvíjí stávající atd. Také funkce může být velmi rozdílná. Stačí, když naznačíme, že může dosáhnout různých výsledků, od didaktického resumování po zabezpečenou konsolidaci, od nové úpravy pramenů práva až po jeho sjednocení, od uzákonění nového práva po zavedení cizího. Tyto možnosti ukazují různost možných vzájemných vlivů a řešení. Ale to, jak si problém klademe, je více méně abstraktní, neboť nebereme v úvahu kodifikaci v její věcné podstatě a specifčnosti.

Otázkou je, zda se kodifikační tradice vyvíjela směrem k řešení podobných problémů a když ano, jak je organizována, jak úspěšně plní svou funkci, jak je důležitá z hlediska nutnosti kodifikace. Musíme vzít v úvahu institucionálně ideologické prostředí, které je schopno posílit nebo oslabit řešení cestou kodifikace, i institucionálně ideologickou strukturu sousedních (či jinak vlivných) zemí. *Rozsah metod*, které tradice vyvinula při řešení kodifikačních problémů, určuje i roli kodifikační tradice. To, nebo přesněji, *společenské hodnocení její úspěšnosti v praxi* vytváří nejlepší most mezi minulou a novou kodifikací. A poněvadž to může znamenat i tradice a řadu metod zavrhujeících kodifikaci, je i opak pravdou: tradice a řada metod zavrhujeících vývoj kodexů, či přesněji, společenské hodnocení jejich úspěšnosti v praxi, vedou přímo k tradicionalizaci protikodifikačních postojů.

Aby byla zvážena komplexnost této definice, uvedu několik příkladů, takových, které ukazují existující spojení mezi různými druhy vlivů.

Posílení státní organizace ve staré Indii nebylo provázeno žádnou sekularizací, jak tomu bylo ve většině centralizovaných států starého světa. Extrémní třídní rozdělení hindské společnosti bylo spojeno s tradiční náboženskou ideologií, která pojmově spojovala společnost s chováním jednotlivce v dané kastě. Svátá tradice nestrpěla znesvěcování práva zákonem. Opakem tohoto tradicionalismu bylo časově neomezené schvalování obyčejového práva. Z velké nedůslednosti v praxi obyčejového práva vzešly ony „kodexy“, které nebyly ohroženy nebezpečím vnějšího zasahování. Ačkoliv se vyvinuly jako učební pomůcky ve školách vědy, byly natolik odrazem ideálních společenských podmínek, že se během staletí staly

rovněž normativním zrcadlem společenské reality samé. K jejich objevení přispělo, že byly napsány. Ačkoliv vzhledem k jejich obsahu nebylo nikdy počítáno s jejich odhalením, mohly přesto sloužit jako nejstarší, vpravdě nejautoritativnější normativní prameny svatých tradic, stejně jako dosud užívaný kodex Manu.⁴⁾

Přicházíme k příkladu praxe vykladačů obyčejového práva (*coutumiers*) ve středověké Evropě. Zvláštnost jejich praxe je v tom, že ačkoliv byli produktem regionálních rozhodčích soudů feudálního partikularismu, přesto plnili kodifikační funkci, neboť zvěčňovali obyčej jako pomůcku pro paměť. Nicméně, tento *popis* jako důkaz existence obyčej se v praxi mohl kdykoliv změnit na *předpis*, jak se i brzy stalo. Vykladači obyčejového práva (*coutumiers*) v zásadě nevázali ruce regionálním právním autoritám, ale přesto stabilizovali zákonodárství feudálního pána. Konsolidace obyčejů neznamenal uzákonění nějakého práva; ona mu pouze propůjčovala psanou objektivitu. Ale tím, že právo sepisovala, razila cestu k zákonodárství. Text, který neměl větší hodnotu než soukromý zápis, se časem stal normou.

Holandsko je zvláštním případem historické determinace, neboť obsáhlo německou adaptaci římského práva během svého středověkého a moderního vývoje. To nabylo zvláštní důležitosti v 17. století, když — v důsledku pokroku v manu-fakturní výrobě a obchodu i úspěchů při kolonizaci — se Holandsko stalo vzorem kapitalistické země své doby. Římsko-holandské právo vyjadřovalo převládající podmínky s takovou dokonalostí, že Grotius je nepokládal za produkt recepce, ale za přirozeně racionální právo.⁵⁾ To bylo právo, které holandsí usedlíci v Jižní Africe brali s sebou, kde je ustavili svým státním právem. Nebylo prostě dovezeno, ale zcela přivlastněno, protože dokonce přežilo anexi Jižní Afriky britským impériem. Toto římsko-holandské právo se stalo petrifikací národních tradic, neboť mateřská země se vyvíjela jinou cestou. Nizozemí bylo za Napoleonových vítězných tažení anektováno Francouzským císařstvím a *Code civil* nabyl moci *ratione imperii*. Holandské království odvolalo *Code civil* po bitvě u Lipska, ale o dvě desetiletí později byla zavedena jakási jeho imitace *imperio rationis*. Nic z toho samozřejmě nezměnilo situaci v *Jižní Africe*, kde bylo právo petrifikováno ve stavu před kodifikací spolu s klasickými římskými prameny a dřívější holandskou interpretací (v mateřské zemi již opuštěnou). To se stalo v době, kdy prosté přežití těchto tradic bylo ohroženo britským právem. Přes toto nebezpečí se Jižní Afrika, podnícená právě protikodifikačním postojem Britů, vyhnula kodifikaci a své právo ponechala ve stavu chaotické džungle původních právních zdrojů.

Vztah mezi vznikem potřeby kodifikace a její skutečnou realizací není tedy nikterak jednoznačný. Ačkoliv problém vzniká obecně jako čistě objektivní nut-

⁴⁾ A. S. Diamond, *Primitive Law: Past and Present*, 3. vyd., London 1971, str. 110—111; K. R. R. Sastry, *Hindu Jurisprudence: A Study in Historical Jurisprudence*, Calcutta 1961, str. V—VI a 16; R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris 1964, str. 485 n.

⁵⁾ Viz R. David, op. cit. str. 42, kde je citováno Grotiovo dílo *Inleydinge tot de Hollandsche Regt gelertheyt* z r. 1631.

lost, zkušenost z minulosti vědomí toho zastírá a vtiskuje jí individuální podobu.

Pokud jde o úlohu, jakou hraje tradice, je třeba si objasnit, jaký je vliv tradiční institucionálně ideologické struktury na určité události. Není pochyb, že podobnou úlohu při vzniku socialistické kodifikace sehrála skutečnost, že Sovětský svaz a lidové demokracie (s výjimkou Albánie) zdědily kontinentální tradice a že byly po vhodné úpravě aplikovány na nové cíle socialistické revoluce. Tak se vysvětluje, proč socialistická kodifikace byla pokládána za plnění úkolů, které zůstaly nedokončeny při buržoazních změnách; kde taková dodatečná funkce nebyla nutná, tam ke skutečné socialistické kodifikaci zpravidla nedošlo. Je pravděpodobné, že zápas ve vznikajících afroasijských zemích, které nastoupily cestu modernizace práva, se odehrává pod vlivem různých tradic s opačnými pohnutkami. Způsob modernizace nebude tu určován čistě racionálními úvahami nezávislými na minulosti, ale bojem mezi kmenově národními tradicemi a tradicemi nabytými za kolonizace.

Větší úloha se připisuje tradicím v jiných případech. Ve vývoji kodifikace dochází někdy ke skokům. Příčinou je chtěj nechtěj nutnost tkvící uvnitř kodifikace, neboť ve společenskoekonomickém vývoji nelze zjistit žádné specifické faktory, které by ji motivovaly.

Středověký vývoj je toho nejvýmluvnějším příkladem. Nejvypracovanější kodexy vznikaly v oblastech vyznačujících se úpadkem nebo vývojem z primitivních základů. Jejich ekonomické podmínky stagnovaly. Ale vývoj kodifikace tu nebyl dán těmito okolnostmi, nýbrž historickou náhodou. Nemusely absolvovat celou cestu kodifikací, protože měly vlastní tradice Justinianéské kodifikace (Byzanc, Bulharsko).

Občas se také stává, že se tato úloha projeví *vznikem kodifikačního jevu, kdy tradice je jedinou hnací silou*. Nejjednodušší je případ, kdy úspěch stávajících (nebo sousedních) kodexů dokazuje, že je tou hnací silou, která zesiluje pocit beztak již existující potřeby kodifikace a jednoznačně žene její řešení tímto směrem. Její charakteristikou je, že problém kodifikace, o kterém je ze zkušenosti známo, že nemá žádnou alternativu, vyjadřuje objektivní nutnost, ale ne takovou, kterou je třeba bezpodmínečně uspokojit. Proto záleží na donucovací síle tradice, zda bude uspokojena a zda se tak stane ve formě kodifikace. Mnoho kodexů vzniklo ve středoevropských podmínkách moderního absolutismu v maličkých knížectvích a městských státech Německa, Itálie aj., které, ač byly kupodivu značně vyvinuté, zůstaly přesto v historických souvislostech bezvýznamné, pouhé kopie a náhražky starověkých, středověkých a moderních zákonodárců. Nebyly ničím jiným, než bezvýznamnými prostředky k vymazání touhy po prestiži postrenesančních knížat pamatujících renesanční slávu. Uspokojily sice stávající potřebu, ale rozhodující pohnutkou jejich vzniku byly kodifikační tradice starší, nebo ze sousedních zemí.⁶⁾

⁶⁾ Pokud jde o kvantitativní rozšíření v 18. století, viz J. Vanderlinden, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles 1967, str. 37 n. Dokumentární přehled viz K.

Zvláštní případ vymezení kodifikace cestou tradice vznikl v situacích, kdy *různé regionální jednotky uvnitř právního systému integrovaného jako celek zachovávají své tradiční institucionálně ideologické instituce*, a navzdory protikodifikačním tradicím ve svém bezprostředním sousedství nejenom udržují kodifikační charakter svého práva jako svou vlastní tradici, ale dokonce nahrazují své staré kodexy novými. Louisiana ve Spojených státech a Quebec v Kanadě přežily jako vnitrozemské ostrovy; posuzují své problémy, k nimž jejich společníci ve federaci přistupují z pozic soudcovského práva, z hlediska kodexu a zacházejí s nimi jako s případy, které je třeba upravit v podobě kodexu.

Konečně se stává, že problém pokládaný za zralý pro kodifikaci, je produktem pouhé subjektivní úvahy. Bentham, idealistický bojovník za přizpůsobení anglosaského práva právu kontinentálnímu, je toho prvním příkladem; Field, který chtěl nejen americké právo obléknout do kodifikačního pláště, ale pocíťoval to i jako opuštění anglosaské tradice. Avšak pouze změna od základu byla s to vyloučit rutinové dodržování tradic; situace vedoucí k nahrazování starých tradic novými může vzniknout pouze tehdy, ukáže-li se pokračování dosavadní cestou nemožné. V Anglii nebo v Americe nestála za úmyslem změnit strukturu systému právních pramenů žádná ekonomická, politická aj. síla, která by byla k něčemu nutila: anglosaské právo nezažilo ani radikální obnovu práva plynoucí z politické revoluce, ani potřebu národního sjednocení práva; byly to vnější impulsy rozmnožené vlastní tradicí, které zrodily klasickou kodifikaci na kontinentě po dlouhém úsilí.

Jak již bylo řečeno, úloha kodifikační zkušenosti a tradic může být různá, ale nelze to absolutizovat. Musíme vidět, že se obojí uplatňuje samo pouze tím, že ovlivňují společenskoekonomické faktory v danou chvíli a že se stávají významnou determinantou pouze v kritických mezních situacích. Osud tradic závisí koneckonců na objektivních potřebách společenskoekonomického vývoje, vztahují se spíše — všeobecně vzato — na působení do minulosti, než na vymezení budoucího. Můžeme se proto s tradicí rozejít. Může se také stát, že změna směru není důsledkem hospodářského vývoje, nýbrž že politické faktory právě vedou k popření tradic, že jsou *conditio sine qua non* hospodářského vývoje. Tak např. v případě přenašení kodexů se často stává, že jejich přijetí není vynucováno přímo ekonomickým vývojem, ale že je to naopak právě rozhodnutí s tradicí a její formou kodifikace, jež se stává podmínkou *sine qua non* a stimulem pozdějších ekonomických podmínek.⁷⁾ Stává se také, že změna směru ekonomického vývoje je

Szladits, *Codificatio* (Kodifikace), in: Magyar Jogi Lexikon, ed. D. Márkus II, Budapest 1898, str. 548 n.

⁷⁾ V důsledku ekonomické determinace se samozřejmě může stát, že kodifikace, která se snaží mít určitý vliv, se sama dostane pod vliv ekonomických podmínek, na něž měla působit. To se stalo např. v Turecku, kde byl recipován *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* — kde se takový právní dualismus vytvořil. Po celá desetiletí se zde objevovaly pochybnosti, zda zákoník vůbec působí. Občanský zákoník, vydaný v Etiopii dokonce nevedl ani k takovému dualismu; tradice jej odmítla vzít na vědomí a zákoník zůstal v podstatě jen soukromou záležitostí státních soudů. Srov. Cs. Varga,

prostým produktem politické změny. Tato politická determinace se objevila po II. světové válce zvláště v rozdělených zemích, které sice měly společné dědictví z minulosti, ale různé politické vlivy změnily běh jejich ekonomického a kodifikačního vývoje.⁸⁾

Proto je problém *kodifikace*, který se objevuje jako beztvář, nepravidelná potřeba, v podstatě *podmíněn přítomnými skutečnostmi*, ale metody řešení jsou ovlivněny jak minulými zkušenostmi, tak stávajícími, dříve vyvinutými metodami a procedurami. Kodifikace je komplexní společenskoprávní jev, podmíněný přítomností, ale vztahující se k minulosti. Tím jsme si potvrdili, že její pojmové vymezení určují hlavně *mimoprávní faktory*, ale *právní faktory* jí dodávají formu.

„Kodifikace“ jako normativní pojem tedy neexistuje. Ale popření její všeobecnosti neznamená výlučnou individuálnost. Jde o to si ujasnit, že modely myšlení, které povyšují všeobecné v určitém historickém období na všeobecné v celé historii, se zásadně mylí, protože tvrdí, že pojem je všeobecnou kategorií, zatímco platí pouze na daném místě a v danou dobu. Zde zdůrazňujeme potřebu všimati si jevu kodifikace v *jeho historičnosti*, máme-li ji správně definovat jako pojem. Jedině tak můžeme zkoumat společenské problémy poukazující na určité společné rysy a na jejich odborná řešení, která mohou vykazat určité společné rysy. Naším úkolem je, popsat na tomto základě obecná řešení, která pokládáme za, v jistém smyslu, stejnorodá a která nazýváme „kodifikace“.

Náš závěr je, že společné rysy, které jsou současně specifické (tj. schopné odlišit se od jiných), lze nalézt v odborných a věcných aspektech těchto řešení. Proto musíme obsahové prvky pojmu hledat ve formálním uspořádání jevu kodifikace. Formální uspořádání je podmíněno konkrétním obsahem: jeho funkce je v něm vždy obsažena. Ale takový historicky konkrétní obsah může být velmi sporný. Ačkoliv tu jsou společné rysy, nejsou sto vhodně specifikovat pojem do přiměřené hloubky. Myslím, že to je *pojem specifikovaný základní společnou*

Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro-Asiatic Legal Development, Budapest 1976, str. 12 n., resp. 21 n. (Studies on Developing Countries No. 88, Ústav světové ekonomiky Maďarské akademie věd.)

⁸⁾ Příkladem toho je Čínská lidová republika, kde buržoazní tradice kodifikace jako nástroje právní modernizace byly nejprve eliminovány, aby na jejich místo nastoupily kodexy tvořené podle sovětského vzoru. Později, jakmile se vnitropolitický vývoj destabilizoval, byly odmítnuty všechny kontinentální tradice, aby bylo možno se vrátit — na rozdíl od Čínské republiky na ostrově Tajwan, jež je strážcem tradice buržoazní kodifikace — k tradicím staré Číny. Společným rysem čínského a korejského případu, které se navzájem v několika směrech podobají, je to, že v důsledku politického rozdělení se zde cesty a metody kodifikace rozdělily (což mělo za následek i další rozvoj, resp. anulování kodexů dříve společných). Viz Cs. Varga, The Formation of a New, Socialist Type of Codification, in: Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae XVII (1975), č. 1—2, str. 129—132. Existují i příklady, že základní kodexy sice zůstaly beze změny, každodenní aplikace však vedla k tomu, že politicky se změnily. NDR např. stojí na stanovisku důsledného oddělení aplikace a tvorby práva, zatímco NSR se dala cestou uvolnění kodifikovaného práva v právní praxi a rozšiřování možností, které přináší obecné klauzule; kodexy obsahující téměř doslova stejné formulace se zde aplikují za použití úvah, které připomínají přirozené právo.

podstatou jinak rozdílných kodifikačních forem a charakterizovaný pouze spíše všeobecně a abstraktně společným obsahem, který se projevuje v něm jako tendence, o níž můžeme říci: „individuální existuje pouze ve spojení, jež vede ke všeobecnému“, tj. „všeobecné, které v sobě obsahuje bohatství zvláštního, individuálního, jednotlivého (všechno bohatství zvláštního a jednotlivého!“⁹⁾

2. Pojem vývoje a vývoj kodifikace

V první kapitole jsme se pokusili vysvětlit pojem kodexu pomocí porovnávání: konstatováním, že — historicky — je jev kodifikace funkcí kodifikační potřeby vznikající *in concreto* a kterou si uvědomujeme. Konkrétní charakter jevu kodifikace zasluhuje pozornost ze dvou hledisek: jednak proto, že během historie vznikaly různé typy kodifikace, které byly různorodé nejen co do obsahu (ostatně při jejich mnoha podobách), ale které se navzájem přímo vylučovaly, jednak proto, že jejich konkrétní podoba měla své kořeny v konkrétnosti kodifikační potřeby samotné.

Ve skutečnosti je forma, ve které se projevuje veškerá různorodost kodifikačního projevu, neobyčejně chudá. Ale ať je sama o sobě jakkoliv fádňá, má jednu velkou přednost: její možné funkce jsou takřka neomezené. Právní systémy různých typů a tradic se mohou pokoušet použít kodifikaci k řešení společenskoprávních problémů stejně úspěšně. Byla to praktická univerzalita její věcné použitelnosti, která poskytla příležitost (ostatně podnětnou) k tomu, aby kodifikace byla v kritických dobách změn ve vývoji práva pokládána za *všelék* (panacea).

Nicméně ve všeobecném vývoji práva nemůžeme zkoumat nějaký přímý vývoj. I když každý právní systém má svou vlastní logiku, musí se na jedné straně podrobit různým vnitřním řádům, na druhé straně se musí přizpůsobit různým požadavkům, protože jsou na různých stupních společenského a ekonomického vývoje. Otázkou je, že různé právní tradice představující různé vývojové stupně, žijí vedle sebe; že jejich nové projevy vyplývají nejen z logiky jejich vlastního systému a tradic nebo pouze z jejich vlastního společenskoeconomického určení, ale zčásti také z *koexistence s jinými systémy*. Je jasné, že mezi občanským právem a systémy obyčejového práva na víceméně stejném stupni vývoje, vždycky existovalo určité sblížení.¹⁰⁾ Je rovněž jasné, že modernizace dosud existujícího kmenového a náboženského práva nemůže být ničím jiným, než produktem vzájemného působení jejich vlastních tradic a společenskoeconomických podmínek i cizích, jim vnučených tradic. Vrátime-li se k věci vzájemná odlišnost znamená, že různá potřeba kodifikace vzniká v různých fázích společenského vývoje a že je to potřeba, která

⁹⁾ V. I. Lenin, Filosofické sešity, Praha 1954, str. 321.

¹⁰⁾ Viz např. W. Friedman, *Legal Theory*, 3. vyd., London 1953, str. 370 n.; J. Dainow, *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, in *The American Journal of Comparative Law* XV (1966—1967), č. 3. str. 427 n.

se nevztahuje ani k vlastní (kodifikační) minulosti, ani k vlastnímu (kodifikačnímu) prostředí.

Pokud jde o historii kodifikace, vyvstává tedy přirozená otázka: máme se spolehnout jen na náhodné množství kodifikací *ad hoc*? Je tu ve vývoji kodifikace nějaké ústřední jádro, které ji uspořádává a systemizuje? Přesněji řečeno: má historie kodifikace nějaký vývoj?

Jak jsme viděli, v historickém sledu kodifikačního jevu nelze zjistit žádný přímočarý vývoj. Nejen proto, že současné výsledky takový vývoj nevykazují, ale hlavně proto, že potřeba kodifikace a skutečný vznik problémů spojených s kodifikací se od případu k případu mění a není vůbec přímočarý. Nicméně skutečnost, že existují vztahy mezi kodifikací a její potřebou a dále mezi právním vývojem a tradicemi a společenskoekonomickými požadavky na jejich vznik, není v rozporu s možností vývoje kodifikace, může pouze odporovat zjednodušenému pojmu vývoje. Historická konkrétní potřeba kodifikace a vznik tohoto problému znamená pouze, že vcelku žádný vývoj neexistuje. To není jako v Stendhalově „De l'amour“, kde láska vyrovnává kvantitativní faktory v procesu krystalizace. Takový aritmetický sled by odporoval jakémukoliv dialektickému pojmu vývoje. Podle Leninových „Filozofických zápisků“ „vývoj, jak je známo, není samostatný, všeobecný a věčný růst, zvětšování (nebo zmenšování) atd.“, neboť „evoluce musí být chápána jako vzájemné přechody.“¹¹⁾

Tento negativní přístup je pouze cestou k problému, ale žádnou odpovědí. V marxistické filosofii bylo podniknuto několik pokusů o definici kritéria vývoje. Bylo např. vysloveno, že: „stane-li se určitý jev vhodnějším k plnění svých funkcí, zvláště hlavních funkcí, v důsledku změny ve struktuře (tím, že se stává jednodušším nebo složitějším) a jestliže funkce samy tím mohou být plněny úspěšněji, pak příslušné změny mohou být hodnoceny jako pokrokové a vice versa.“¹²⁾ Jiná myšlenková škola tuto definici kritéria vývoje ovšem kritizovala, pokládajíc ji za nedostatečnou. Jak argumentovala, asijský způsob výroby, např., „se zachoval právě přesným fungováním despotickeho hospodářskopolitického systému.“ Čím přesněji systém fungoval, tím více zachovával reakční podmínky existence. „Je proto jasné, uzavírá, že lepší plnění funkcí samo o sobě se nemůže nikterak stát kritériem vývoje, neboť funkce mohou mít pokrokový, ale i reakční charakter.“¹³⁾ Jediná otázka, o kterou se zajímáme ve spojení s daným předmětem, je otázka, jak bychom měli rozumět zásadně možnosti kodifikačního vývoje. A z tohoto hlediska se zdá, že uvedená kritika byla špatně adresována, i když se neminula cílem. Základem kritiky byla vhodnost filozofického pojmu vývoje jako kritéria; kritizovaný přístup tomu nemohl odolat. Z toho však nevyplývá, že doporučené kritérium je k ničemu. Je to přijatelné kritérium co do otázky vývoje, ale v jiné souvislosti.

¹¹⁾ V. I. Lenin, op. cit., str. 231.

¹²⁾ I. Stoljarov, Izmenenije i Razvitije, in: Voprosy filosofii 1965, č. 16, str. 42.

¹³⁾ A. Gy. Szabó, A feljödés fogalmáról (O pojmu vývoje), in: Magyar Filozófia Szemle, 1966, č. 4, str. 595 n.

Problém vývoje má více aspektů. Lze jej uvést tak, že daný jev zkoumáme v procesu vytváření a naše otázka je zaměřena na zjištění tendence tohoto procesu. Můžeme se ptát: co to je za proces? Vede k pokrokové nebo reakční změně? Předmětem úvah je sám proces. Ale otázka může být položena i tak, že neuvažujeme o jevu samotném. Naše otázka se na něj nevztahuje, ale vztahuje se jen na věcnou souvislost, která jej spojuje s něčím jiným. Předmětem úvah je potom věcná souvislost mezi těmito dvěma různými jevy, ta souvislost, která je vyjádřena věcnou vzájemnou vhodností. Jak vhodná k plnění své věcné funkce je ta, která slouží za prostředek?

Takto formulované tvrzení, které bylo nepřijatelné jako kritérium první otázky, je zcela vyhovující jako kritérium druhé otázky. Jinými slovy: zamíříme-li otázku na stupeň vývoje despotického ekonomickopolitického systému asijského způsobu výroby (tj. tážeme-li se, zda proces vedoucí k tomu lze pokládat za vývoj), bude odpověď záviset na tom, jak chápeme pojem historie, a na různých ideologických předpokladech, ale dokonalost toho, co slouží ekonomickopolitické bázi, nehraje při argumentaci žádnou roli. Nicméně, zamíříme-li otázku na vývojový standard despotického ekonomickopolitického systému jako na vývojový standard věcné vhodnosti systému vyvolaného asijským způsobem výroby a sloužící mu (tj. zkoumáme-li stupeň vývoje, jakého tento systém dosáhl pokud jde o metodologickou vhodnost), bude naše otázka nezávislá na našem pohledu na historii, na různých ideologických předpokladech, a rozhodujícím bodem argumentace bude funkční dokonalost metody.

Toto rozlišování je důležité, máme-li pochopit vývoj kodifikace. *Punctum saliens našeho uvažování je uznání toho, že kodifikace je hodnota sama o sobě, která má i svůj vlastní vývoj: nicméně je také prostředkem, funkcí společensko-právního uspořádání, jehož konkrétní hodnota je dána tím, jak je schopno funkčně ovlivňovat vývoj.*

Směr a úroveň kodifikace je tedy měřitelná dvěma způsoby. Zčásti relativně, ve své věcné vhodnosti k plnění svých funkcí. A zčásti absolutně, konsolidací stále těsněji spojených formálních výsledků, které možno pokládat za vývoj v průběhu historického sledu těchto forem.

Ty formy, které se v historii hromadí a nadřazují jedna nad druhou, se za historického vývoje kodifikace stále více slučují: poskytují vyšší a stále různorodější možnosti výkonu funkce, aniž porušují možnosti dřívějších forem. V důsledku čehož mluvíme o absolutním vývoji v tomto omezeném smyslu, jak byl definován ve filozofické literatuře: „Vyšší (nadřazený) ze dvou jevů je ten, který své okolí zrcadlí různoroději. Vyšší stupeň rozlišování znamená v nejobecnějším smyslu schopnost různorodější reakce.“¹⁴⁾

¹⁴⁾ Tamtéž, str. 597.

3. Obecný pojem kodifikace

Historicky konkrétní charakter jevu kodifikace a jeho následující různorodost umožňují vyslovit pouze spíše obecný pojem kodifikace. Zvláště obsahové a funkční pohnutky kodifikace vykazují neobyčejně bohatou různorodost, která často postrádá obecného jmenovatele a která nutně končí tím, že nedbá na úlohu, jakou formální aspekty musí hrát při definování pojmu kodifikace.

Tento problém se obvykle v literatuře neobjevuje. Nejčastěji se setkáte s definicemi poukazujícími na jasné stanoviska. Důvodem je to, že sotva existuje nějaká obecná teoretická literatura o kodifikaci. Co existuje, má většinou apologetické ostří a zaujímá stanovisko pro nebo proti některým současným odchylkám pojetí kodifikace. To samozřejmě nijak neznamená, že by nebyly podnikány pokusy o vysvětlení relativnosti pojmu kodifikace. K takovému názoru vede prohlášení, že „a priori neexistuje pojem kodifikace . . . , takže výzkum tohoto pojmu znamená empirickou činnost.“¹⁵⁾ Existuje zajisté jiný názor, podle něhož se jev kodifikace ve své formální podobě v podstatě neliší od ostatních jevů. Ale obsahové rysy, které tuto rozdílnost určují, mohou být zevšeobecněny pouze v malé míře, neboť se od jednoho právního systému k druhému mění.¹⁶⁾

Podle jedné práce věnované historickému zkoumání pojmu kodexu nejen jev kodifikace sám, ale i jeho pojmový výraz projevují jistou tendenci historického vývoje, nezávisle na motivech *ad hoc* jednotlivých projevů. Termín „kodex“ byl znovu všeobecně užíván asi ve 13. století. Zpočátku se vztahoval na dílo Justiniánova, později na jakékoliv podobné dílo. Tyto kodexy zpočátku obsahovaly souhrn platných zákonů, později se staly sbírkami aktuálních pramenů práva, a konečně v 16. a 17. století zahrnovaly důležité materiály specifických právních odvětví. Obsah kodexů se vyvíjel podobnou cestou: nejprve se omezil na pouze kvantitativní rozsah (vynecháním normativně nedůležitých slov textu: ceremoniálních formulí, citátů, opakování, mnohomluvnosti, tautologie), později se rozšířil na řešení nejistot v textu (mlhavosti, pochyb, dvojsmyslnosti)¹⁷⁾ a konečně, asi v 16. století, začal prohlašovat neplatnost zastaralých zákonů a zaznamenávat nebo uzákoňovat nezbytné změny.¹⁸⁾ V tomto procesu je patrna tato tendence: kodex zpočátku obsahoval veškeré právo bez rozdílu. Když nastala určitá diferenciace, spočívá kodex nejprve na vnější formě (současných pramenů práva), která se později stává obsahovou (rozdělena podle specifických odvětví práva), až se konečně vnější podoba stane nedůležitou (kodexy právních odvětví, zahrnující materiály o opatřeních sebrané z různých pramenů). Táž tendence je patrna

¹⁵⁾ F. Ermacora, Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et situation actuelles, in: Rapports généraux au VI^e Congrès International de droit comparé, Bruxelles 1964, str. 225.

¹⁶⁾ S. A. Bayitch, Codification in Modern Times, in: Civil Law in the Modern World, ed. A. N. Yiannopoulos, Baton Rouge 1965, str. 161 n.

¹⁷⁾ J. Vanderlinden, op. cit., passim.

¹⁸⁾ Tamtéž, str. 322 a 325.

i v metodách zpracování: kodifikace se nejprve soustřeďuje na formální vyjádření práva (kvantitativní redukce), potom přichází zjištění obsahové následnosti, po níž nakonec následuje negativní vývoj co do obsahu (vyhlášení neplatnosti zastaralého) i kladný vývoj (vklad dodatečných změn). Tento proces svědčí o *přesunu důrazu z formálních složek na obsahové*. Závěr je tedy zřejmý: „požadavek kodifikace vztahující se na formy práva je doplňován požadavkem reformy, která se již týká obsahu.“¹⁹⁾

Výklad tohoto druhu ovšem uváže v podrobnostech, jestliže se soustředí na západoevropský vývoj mezi 13. a 19. stoletím, zanedbáváje jednak starou, střední a moderní dobu, jednak všechny oblasti východní Evropy, anglosaskou a afroasijskou.

Nyní lze zevšeobecnit a konstatovat tolik: trvalý vývoj vykazuje nejen jev kodifikace, ale i jeho pojem sám, který není ničím jiným, než odrazem rostoucí diferenciace mezi potřebou kodifikace a vznikem a řešením tohoto problému.

V této diferenciaci hrálo vedoucí roli objevení se *zákonodárství*. To ono vytvořilo archaické kodexy, aby rozšířilo, modifikovalo nebo změnilo novými zákony stará obyčejová práva, a spojilo právo se psanými a uzákoněnými formami v pozdním římském starověku, ve středověku a samozřejmě i v afroasijském právním vývoji 19.—20. století. Primitivní formy kodifikace nemohly být ničím jiným než psaným souhrnem práva z hlediska jeho stabilizace. To je základní forma jevu kodifikace, na kterou se nakupily později další vrstvy. Politické a ekonomické potřeby feudálního absolutismu, posílené myšlenkami racionálního zákonodárství přirozeného práva *mathesis universalis* (univerzální vědy) podněcovaly k tomu, aby byly vydávány zákonodárným způsobem obsahově stejnorodé skupiny opatření (tj. právní odvětví) cestou kodifikace, aby byly zlepšovány formy práva současně s požadavkem jeho organizace jako systému, aby bylo právo reformováno do stále méně omezené podoby. Jeho legislativou uzákoněná forma a organizace systémem opatření přistoupily k pojmu kodifikace během tohoto procesu. A konečně způsobil vnitřní vývoj tohoto druhu také zvrat v pojmu kodifikace, tj. dřívější jednotný pojem se rozdělil na dva. Pouze nejvyvinutější, který vytváří uzákoněný systém opatření v jednotlivých kategoriích práva, zůstal čistou kodifikací, zatímco hodnota dalších byla degradována na pomocnou funkci podřadného významu.

Mění se váha zákonodárství v moderních systémech pramenů práva rovněž vysvětluje, proč pojmy kodifikace v občanském právu a v právu soudcovském byly historicky rozděleny. Ke shora uvedenému pojmovému zúžení došlo pouze v kontinentálním právu ovládaném zákonodárstvím, kde kodifikace byla pokládána pouze za jednu z možností obsáhlého zákonodárství. V anglo-saském právu bylo v důsledku převahy precedenčních případů každé obsáhlé zákonodárství (usilující o znovuzavedení psaného práva spolu se soudcovským právem) od po-

¹⁹⁾ Tamtéž, str. 187.

čátku kvalifikováno jako kodifikace; kodifikace nebyla pouze jednou z účelových možností zákonodárství, ale jím samým. Tím se dá vysvětlit, proč Bentham vydal všechnu svou energii na to, aby zdůvodnil praktické výhody a proveditelnost kodifikace a nikoliv tím, že by teoreticky analyzoval charakteristické rysy pojmu kodexu, který v té době krystalizoval na evropském kontinentě. Nepřikládal zvláštní význam jeho systémovému charakteru, když jej pokládal za nejmenovaný další znak „pořádku“ a „jednoduchosti“.²⁰⁾ To také v podstatě vysvětluje, proč anglické a americké právníké slovníky dosud neuvádějí nejisté definice,²¹⁾ kde důvod systematiky se náhle objeví jako pouhá výjimka a praktická nezbytnost, když se stane nesporným, že důvodem neúspěchu pokusů přijmout kodifikaci byl právě vnitřní nedostatek pořádku;²²⁾ a z teoretického zájmu, když se definice vztahuje na kontinentální kodifikaci nebo usiluje o takovou všeobecnost, že se v ní kodifikace pohlí.²³⁾

Ve stopách klasického typu kodifikace zdůrazňuje kontinentální pojem kodexu kvalitu *systémového* motivu, který se stává kritériem zcela samozřejmým.²⁴⁾ Ge-

²⁰⁾ M. Ek Shankankiri, La philosophie juridique de Jeremy Bentham, Paris 1970, str. 289.

²¹⁾ Např. kodex je „sebrání či systém zákonů“, které „zahrnuje do nového celku“ i common law. The Dictionary of English Law, ed. Jowitt, London 1959, str. 399. „Sebrání, kompendium nebo revize zákonů“ (Chumbley v. Peoples Bank and Trust Co., 60 S. W. 2d 164, 166, 166 Tenn. 35); „jakékoli systematické uspořádání práva“ (Wald v. Close 14 So. 2d 19, 26, 203 La. 345); „kompilace existujícího práva, systematické uspořádání... a revize, která slaďuje rozpory, zaplňuje mezery a vůbec objasňuje a doplňuje zákony, které mají komplexně regulovat věci, na které se vztahují.“ (Gibson v. State 214 Ala. 38, 106 So. 231, 235). Black's Law Dictionary 4. vyd., St. Paul 1951, str. 323. „Shrnutí právních principů, sjednocených do jednoho normativního aktu, jež se týkají jedné a téže věci...“ M. Radin, Law Dictionary, Oceana 1955, str. 57.

²²⁾ Např. H. T. Terry, Some Leading Principles of Anglo-American Law, Expounded with a View to Its Arrangement and Codification, Philadelphia 1844, str. V—VI a 608—610.

²³⁾ Např. „... Zjednodušení práva, které určitá pospolitost zvykově dodržuje do více méně stálé, uspořádané a písemné podoby jedním rozsáhlou oblast pokrývajícím právním předpisem.“ E. McWhinney, Code Law Systems, in: International Encyclopedia of the Social Sciences ed D. L. Shils, sv. IX, New York 1968, str. 214“ ... minimálně kompendium určitého právního odvětví, usilující o kompletnost a uspořádanost.“ W. Seagle, The Quest for Law, New York 1914, str. 103.: ... „souhrn obecných principů pečlivě uspořádaných a navzájem spolu spjatých“, který „dosahuje nejvyšší úrovně zevšeobecnění opřeného o vědeckou klasifikaci“, Dainow, op. cit., str. 424. Je to shrnutí „obecných abstraktních pravidel“ „psaného práva“, vydávaného „zákonodárnou mocí“, „zahrnující širokou oblast a systematicky uspořádané“, Bayitch, op. cit., str. 8 n.

²⁴⁾ To možno doložit na některých starých příkladech z Maďarska: „Kodex je systematicky uspořádaná, uzavřená kniha (nikoli sbírka) zákonů, upravujících vztahy občanů navzájem a občanů se státem, doplněných sankcemi.“ L. Szalay, Codificatió (Kodifikace), in: Publicistai dolgozatok I, Pest 1847, str. 24 „Systematický kodex... musí tvořit úplný celek a jeho jednotlivé části musí být logicky uspořádané, musí na sebe navazovat a musí být konečně jednotné.“ J. Suhayda, Tanulmányok a polgári magánjogi codificatio terén (Essaye o kodifikaci soukromého práva), Pest 1867, str. 157—158. Kodifikace je „určitou oblast pokrývajícím systematické zpracování platného práva za pomoci vědecké metody... vydávané zákonodárcem.“ K. Mártonffy, A szabatos törvény: A jogszabályok szerkesztése és közzététele (Přesný zákoník: Příprava a promulgace statutárních ustanovení), Budapest 1932, str. 17.

netická, historická příbuznost se vyznačuje těmi nepodstatnými nahodilostmi co do přesnosti, které oddělují (jako „vlastně takzvaný kodex“) od dřívějších forem, která v sobě „zahrnuje a vyjadřuje právní principy v jejich obecnosti a proto uvažuje v kategorii jejich determinovanosti“, nebo se prostě zmiňují o „systémových kodexech.“²⁵⁾

Opuštění klasického typu kodifikace vede krok za krokem ke změnám v pojetí kodexu. Za prvé z pojmu kodexu postupně mizí pohnutka kvantitativní redukce normativního textu. Zdůraznění jeho systémového charakteru jej slučuje, činí z něj latentní, samozřejmou funkci. Za druhé, klasický typ byl inspirován revoluční reformou práva. Impuls tohoto stimulu během času nezbytně pomínl, souhlas s reformou práva cestou kodifikace se stal součástí historické zátěže klasické kodifikační ideologie. Na jedné straně, i když revoluční reforma práva vyvolala klasický typ kodifikace v podobě *Code civil*, úmysl reformovat právo cestou kodifikace nebyl ani v 19. století všeobecně rozšířen. Když přizpůsobil revoluční kodifikační ideologii pruskému paternalistickému konformismu, vyslovil Hegel také názor, že „vytváření systému statutů nových co do obsahu je zcela vyloučeno; záleží jen na uznání obsahu stávajících zákonů v jejich dané obecnosti, tj. na chápání obsahu a potom na jejich aplikaci v jednotlivých případech.“²⁶⁾ Na druhé straně ztotožnění kodifikace s radikální právní reformou přežívalo, nebo bylo znovu oživováno po doznění buržoazních revolucí pouze v těch společnostech, kde existovala potřeba neuskutečněné buržoazní transformace.²⁷⁾

Koneckonců se kontinentální pojem kodifikace postupně odcizil vlastním definicím, jaké představoval klasický typ *Code civil*. Tím zčásti ztratil svou specifičnost. Musíme ovšem uvážit, že tehdy známá řešení, vypracovaná za historického procesu vytváření klasického typu kodifikace, byla od té doby používána takřka ve všech zákonodárstvích a že současná tendence kontinentálního pojmu kodi-

²⁵⁾ G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* čili *Naturrecht und Staatswissenschaft* im Grundrisse 1821, § 221; J. Suhayda, op. cit., str. 157. (Podtrhl autor.)

²⁶⁾ G. W. F. Hegel, op. cit., § 221. Tento přístup znovu zdůraznil myšlenky, které již dříve byly vysloveny v polemice mezi Savignym a Thibaultem a uvedl je do systému Hegelovy filosofie. O kodifikaci ve smyslu kompilace uvažoval Thibault od samého počátku (P. Caroni, *Savigny und die Kodifikation: Versuch einer Neuteugung des „Berufes“*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanische Abteilung* LXXXVI (1969), str. 125); tím se lišil od Savignyho, pro něhož kodifikace byla vytvářením systému a kodex „není pramenem práva, nýbrž pouze formou, v níž se již existující právo vyjadřuje“. (V. Peschka, *Thibault és Savigny vitája* (Polemika mezi Thibaultem a Savignym), in: *Állam és Jogtudomány* XVII (1974), č. 3, str. 368).

²⁷⁾ Např. teorie kodifikace období reformace v maďarských kodifikačních dějinách („Kodex... samou svou podstatou směřuje k tomu, aby zahájil novou éru tím, že rozmotá zmrš, kterou navršily dějiny a postupný vývoj“. Viz Szalay, op. cit., str. 24. Pokud jde o socialistickou revoluci, srov. názor, podle něhož „podstatou kodifikace je vždy ukazovat kupředu, usilovat o cosi nového, její vůle ke změně, zvěstování nové vývojové fáze“. (I. Szabó, *Les problèmes de la codification à la lumière des expériences acquises dans les conditions actuelles*, in: *Studies in Jurisprudence for the Sixth International Congress of Comparative Law*, Budapest 1962, str. 7.

fikace směřuje k rozplynutí v mnohem obecnější pojem, který splývá v jakousi jednotu s předešlými formami.²⁸⁾

Je to hlavně socialistická kultura, která zdůrazňuje důležitost systémového prvku při definici pojmu kodifikace. Podle toho je kodex zákonodárným aktem upravujícím materiál některého právního odvětví, požaduje přitom poměrnou úplnost a srozumitelnost v systematické interpretaci, která je odrazem základní struktury daného odvětví práva.²⁹⁾ Ve většině takových definic figuruje systémový prvek výslovně jako znak formálně organizovaného logického systému: jako neoddělitelná a vzájemně související skupina pravidel různého stupně obecnosti, která, přecházejíce od právně dosud významných obecných principů k taxativním nebo vzorovým záznamům a dohodám o výjimkách, rozkládají všeobecné ve prospěch zvláštního v rámci typického.³⁰⁾

Avšak tento rys nabývá specifičnosti většinou pouze v zájmu definice *differentiae specificaе*. Obvyklá argumentace, charakteristická pro socialistický přístup, je tato: socialistická zákonost vyžaduje přiměřenou znalost zákona. Znalost zákona vyžaduje přístup k zákonu a to naopak předpokládá systematické uspořádání výsledků zákonodárné činnosti. Toho lze dosáhnout buď cestou inkorporace nebo kodifikace. Jediným úkolem proto je přesné rozlišení těchto dvou alternativ.³¹⁾ Proto se může stát, že nehledě na takové žertovné názory, jako že inkorporace provádí vnější a kodifikace vnitřní systematizaci,³²⁾ někteří vědci pokládají nor-

²⁸⁾ Uznání, že formální, nikoli obsahové přetvoření práva je skutečným sine qua non kodifikace to podporuje. Kodifikaci lze realizovat, aniž by se měnil obsah, nikoli však aniž by se přetvářela, restrukuralizovala forma. P. M. Storme, De codificatie van het Belgisch sociaal recht: Algemene problemen, in: Rechtsk. Weekbl. 1955—1956, str. 1652. Podle teoretického názoru, že kodifikace je jevem nadčasovým, resp. že je přinejmenším příznačná pro celý právní vývoj západní Evropy od nejstarších dob až po dnešek „kodifikace není v podstatě nic jiného než technický proces, který má usnadnit vnímání práva“. J. Vanderlinden, Les aspects de l'idée de codification, in: Rapports belges au VI^e Congrès international de droit comparé, Bruxelles 1962, str. 48. I když je pravda, že „celky, mající sílu práva a zahrnující celé právo nebo jeho část mohou existovat, aniž by zde byla vůle směřující k lepšímu poznání práva, přesto „podle mého názoru — jak argumentuje právě citovaný autor — nelze hovořit o kodifikaci, není-li zde vůle cílit k tomu, aby právo bylo lépe poznáváno“. J. Vanderlinden, Le concept de code en Europe occidentale du XVIII^e au XIX^e siècle, str. 224—225. Kritiku tohoto pojetí viz u Cs. Varga, A kódex és eszméjének formálódása Nyugat-Európában (Utváření kodexu a jeho pojetí v západní Evropě), in: Állam és Jogtudomány XIII (1970), č. 3, str. 619—620.

²⁹⁾ P. I. Kudrjavcev, red., Juridičeskij slovar, Moskva 1956, str. 432; D. A. Kerimov, Fragen der Gesetzgebungstechnik, Berlin 1958, str. 88; I. Szabó, A szocialista jog (Socialistické právo), Budapest 1963, str. 180 n. aj.

³⁰⁾ Např. A. S. Sominsk, Osnovnye čerty kodifikacii, in: Teoretičeskije voprosy sistematizacii sovětskogo zakonodatelstva (red. S. N. Bratus, I. S. Samošenko), Moskva 1962, str. 12; A. F. Sebanov, Sistematizacija normativnych aktov, in: Osnovy teorii gosudarstva i prava (red. N. G. Alexandrov) Moskva 1963, str. 400; M. Szotácsky, A kodifikáció (Kodifikace), in: Állam és jogelmélet (Teorie státu a práva), red. M. Samu, Budapest 1970, str. 478—479 aj.

³¹⁾ Zejména D. A. Kerimov, op. cit., str. 135, pozn. 115.

³²⁾ D. A. Kerimov, Ponjatije i formy kodifikacii, in: Voiprosy kodifikacii sovětskogo prava I, Lenin-grad 1957, str. 9.

mativní sílu kodifikačního aktu za základní rozlišovací znak,³³⁾ zatímco jiní se domnívají, že je třeba jej hledat v kritickém vztahu nového kodifikačního aktu k dřívějšímu zákonodárství.³⁴⁾ Pramen takových jasně pragmatických přístupů vidím ve skutečnosti, že, sledující spíše tradiční vzory, teoretické analýzy často oddělují výsledky socialistické revoluce od toho, co je jejím historickým předchůdcem, jako *jediny* diskontinuální jev a tím omezují či dokonce vylučují samu zásadu historičnosti. Tím, že věci hnal takřka do krajnosti, takový přímý pragmatismus byl vyjádřen např. v diskusi, která teoreticky zpochybňovala životaschopnost tvrzení: „výsledkem kodifikace je kodex.“³⁵⁾

Smyslem této kapitoly je především vysvětlit, že *pojem kodifikace sám je také produktem historie. Nemá absolutní platnost*, poněvadž podléhá rovněž zákonu stálé změny.

Jako charakteristiky vhodné k správnému rozlišování máme k dispozici pouze formální charakteristiky. Z nich nejdůležitější je *psaná stabilizace a standardizace práva*. Během historického vývoje byly samozřejmě přidány novější pohnutky, které se staly trvalými. Je pozoruhodné, že *formální platnost* se stala kodifikačním rysem *sine qua non* jak ve starých dobách, kdy se právo klonilo k uzákoněné formě, tak i v moderní době, kdy se zákonodárství prohlašuje za obecný pramen práva. Na konci moderní doby se k tomu připojila organizace různých obecných právních předpisů do podoby systému logického modelu, který se rovněž brzy stal stabilní složkou. Toto dvojí rozšíření obsahu pojmu bylo samozřejmě provázáno zúžením rozsahu. Formy opuštěné během specializace vlastního pojmu kodifikace se soustředily kolem nových pojmů.³⁶⁾

Tato vývojová linie může být pokládána za velmi obecnou tendenci, ale za *žádáných okolností ji nelze pokládat za nezvratný* (a tedy *absolutní*) *vývoj jevu a jeho pojmu*, který by s konečnou platností vymezil charakter jevu kodifikace v kterékoliv době a na kterémkoliv místě. Pojmová relativizace tímto vylíčením daná je oprávněnější, protože pouze právo v západní Evropě dokončilo tuto linii všeobecného vývoje kodifikace, a to až před čtyřmi nebo pěti staletími, na úsvitu moderní doby.

³³⁾ Např. A. S. Sominsk, op. cit., str. 11.

³⁴⁾ Např. L. A. Stěšenko, Ponjatije kodifikacii i sistematizacii zakonodatelstva, in: Zakonodatelstvo i zakonodatelnaja dejatel'nost', red. P. P. Gurev a P. I. Sedugin, Moskva 1972, str. 159.

³⁵⁾ Např. A. F. Šebanov, Někotorýje voprosy teorii normativnyh aktov v svjazj s sistematizacijej sovet'skogo zakonodatelstva, in: Sovetskoe gosudarstvo i pravo 1960, č. 7, str. 142 uvádí, že citované tvrzení M. S. Strogoviče (Teorija gosudarstva i prava, Moskva 1940, str. 186 (ztratilo své oprávnění, jelikož kodifikační pravomoc byla rozdělena mezi federaci a svazové republiky; formami kodifikace jsou dnes federální „Základy“ či „Základní zásady“, federální „kodexy“ a „úpravy“ a republikové „kodexy“). V diskusi později pokračoval A. S. Sominsk, op. cit. str. 12—18 a I. S. Samoščenko, Někotorýje voprosy kodifikacii zakonodatelstva Sojuza SSR i sojuznyh respublik, in: Pravovedénijea IX (1965), č. 4, str. 34 n.

³⁶⁾ Jeden maďarský specialista na otázky kodifikace už koncem 19. století zastával názor, že „kdysi“ termín „kodifikace“ označoval „konsolidaci“. M. Herczegh, Magánjogi sodificatióknak hajdan és mostan (Kodifikace našeho soukromého práva v minulosti a současnosti), Budapest 1878, str. 11—12, pozn. 36.

IV. Одной из специфических областей, в которой конкретно проявляются все общетеоретические проблемы, о которых мы до сих пор говорили, является проблематика кодификации права. В кодификации историческое весьма наглядно соединяется с логическим, связь с прошлым с отражением потребностей совершенно конкретной современности. Хотя марксистская правовая наука по вполне понятным причинам отвергает представление, будто бы в развитии кодификации существует некий «вневременный» эталон — каким по представлениям буржуазной теории является, например, французский наполеоновский Код сивил — все же, например, само понятие «кодекс» требует исторического объяснения и исторического понимания. Аналогично в историю восходит и исторического объяснения требует вопрос необходимости кодификации (необходимости кодификационного решения назревших правовых проблем или назревших общественных проблем, требующих правового регулирования посредством кодекса), вопрос кодификационной техники (методов решения кодификационных проблем) и вопрос общественной оценки успешности кодификации на практике. Это обусловлено тем, что хотя каждое общество и особенно каждая новая социально-экономическая формация решает посредством кодификации свои собственные проблемы, несомненно существуют традиции и опыт кодификации, которые не следует игнорировать. Стало быть проблема кодификации в первую очередь обусловлена настоящими потребностями и опытом, но что касается методов ее решения, то здесь оказывают влияние прошлые опыт и потребности, ранее — в прошлом — разработанные методы и процедуры. Можно сказать, что кодификация — комплексное общественное правовое явление, обусловленное настоящим, но относящееся к прошлому.

290

ПОНЯТИЕ КОДИФИКАЦИИ И ИСТОРИЧНОСТЬ ЯВЛЕНИЯ КОДИФИКАЦИИ.

Чаба Варга

(Резюме)

В области теоретического исследования понятие кодификации в большинстве случаев связывается с классическим типом кодификации, воплощенным в *Code civil*. Этим, однако, априорный характер дается этому понятию и исторически оно превращается из партикулярного в универсальное. В ходе исторического анализа явления кодификации следует исходить из необходимости и функции кодификации, т. е. из таких положений, когда право со своим сложившимся содержанием уже является неудовлетворительным и необходимо организовать и его соответствующие формы. Организация форм может иметь чрезмерно различные образы и может служить социально-правовым целям, находящимся в прямом противоречии друг с другом.

Кодификация представляет собой инструментальное явление, поэтому его развитие можно оценивать в двух отношениях. Можно оценивать посредством его инструментальной пригодности, по отношению к своей относительно конкретной цели, с одной стороны, и посредством превращения его в формы, являющиеся все более сложными, синтетизированными и способными на различные реагирования, с другой стороны. По историческим всеобщей типизации кодификации имеет две основных возможности, первая из которых — количественная кодификация, которая имеет целью охватывать и/или редуцировать объем действующего права, а вторая — качественная кодификация, имеющая целью реорганизовать право в глубину и его воссоздание в виде системы различных общих тезисов. Первая — предформы кодификации, последняя — классический тип.

Общетеоретическое понятие кодификации можно определить лишь как техническое. По своим исторически постоянным чертам, подходящим и для различия и тождественным самому себя, кодификация представляет собой письменный свод, укрепляющий право. В ходе развития кодификации как новое отклонение на это наслонились моменты формального действия и системообразования. В историческом и сравнительном понятии кодификации, однако, последние нельзя абсолютизировать *aine qua non* компонентами. Хотя в своей среде они выполняют функции кодификации, ставится под вопросом, в какое понятие включить например средневековое *contumiers* или американское *Restatement of the Law*.

ИЗМЕНЕНИЕ ОБЩЕСТВА И ПРАВА И ВОПРОСЫ КОДИ- ФИКАЦИИ, УДЕЛЯЯ ОСОБОЕ ВНИМАНИЕ СОЦИАЛИСТИ- ЧЕСКИМ КОДЕКСАМ

В дальнейшем мы намерены говорить не об отношениях изменения общества и права в общем, и не внимая в то, что выражая интересы определённого класса и классов общества, каким образом выполняет право свои политические и нормативные функции. В марксистской теории, как известно, право проявляется явлением, зависимым от других — прежде всего экономических и политических — отношений. Однако эта зависимость не означает одностороннюю, полную определённость, а только определённость в конечном счёте и тем она отнюдь не исключает относительную самостоятельность права, как элемента надстройки, от базиса и других элементов надстройки, и его воздействия на эти, становящегося возможным вследствие относительной автономии. В процессе общественного развития — поддерживая или тормозя его в общем или в некоторых обособленных моментах — развитие права направляется на то, чтобы содействовать отчасти сохранению сложившихся или вынужденных общественных

отношений, отчасти созданию раньше неизвестных или должным образом не принятых общественных отношений всеобщего характера и их проведению при поддержке принуждения. Итак, в функционировании права, в его службе сохранению и изменению нас интересует теперь один момент, носящий характер средства. А именно то, что фиксируя типы поведения, признанных желательными, позволительными или неразрешёнными в охватывающей, систематической форме, кодификация какую роль взяла и может взять на себя в осуществлении функций права и какое место она заняла и может занять в процессе изменения общества и права.

I. Диалектика общественного изменения и сохранения в ходе исторического развития кодификации. Разграничение кодификации, как возможной техники правотворчества, как технологии, обладающей данными структурными и системными чертами, само по себе мало говорит. Ибо кодификация является исторически далеко не однородным явлением. На её облик в такой степени влияют раздвигающие её исторические условия и формирование отражающих их теорий, идеологий, то-есть возможное видоизменение её функции, что обозревая её историю приходится говорить о формировании более-менее самостоятельных типов.

Исторические типы кодификации появляются при-

датком компонентов общего общественного развития, и внутри этого — правового развития, помещаясь в их отношениях. Однако при их определении исключительно характеристическую, решающую роль играет конкретное осуществление диалектики изменения и сохранения, то, что данный тип как принимает участие в сохранении и развитии отношений, характерных для данной общественной формации. Ибо изменение и сохранение как один сопровождают всю жизнь кодификации; в их относительном равновесии (видоизменяющемся в конкретных формах) их значение, пропорция, параллельность или их переход друг в друга составляют характерный, порой определятельный признак отдельных типов.

Что касается античных предформ, само рождение кодификации, кажется, прилипает к изменению права. В исключительности обычного права, составшей органическое единство с общественной жизнью и её медленным развитием, писаное право, сама внешняя объективация права появилась тогда, когда превращение предыдущих обществ в великие империи, послужившее причиной к ускоряемому развитию и общественной дифференциации, потребовало реформы права, а именно реформы, осуществляющейся сразу же и единообразно и действующей в имперских масштабах. Продукты тысяч-

летия трёх четвёртых, с "реформ" Урукagina до кодекса Хаммурапи, свидетельствуют о том, что они были созданы вследствие претензии на реформу, в силу необходимости сознательного, планированного и контролируемого изменения общества и права. Они служили созданию особого порядка, модифицированного по сравнению с обычным правом, но не имели целью сменить обычное право. Их задачу, на всякий случай первичную, отнюдь не составило сводное закрепление права; функция сохранения, кажется, в крайнем случае могла быть только подчинённой.

Пока у истоков ранних предуктов, носящих характер кодексов, "стояли" материальные жалобы, отнесённые к тогдашним отношениям, характерно, что при последовавших затем античных кодификациях уже сталкиваемся с жалобами, скорее носящими характер правосудия и касающимися необозримого, неопределённого или же анархического характера права. В завершении античных преформ, начиная с хеттских законов, через китайские кодексы и повесть Ливия о законах с Двадцати таблиц до кодификации Юстиниана, чуть ли не исключительно фигурирует подчёркнутая функция сохранения. Значит здесь выступает на первый план намерение сменить и устранить обычное право и другие неписанные формы, преобразовать систему ис-

точников права, Кстати, средством общественного изменения - особенно в Риме - не кодификация играет роль. Кодификация имеет целью только консервацию, сводное закрепление права и только в виде исключения - неизбежно осовременивать. Однако, как известно, произведение Юстиниана - вследствие своего анахронического характера - не удалось увековечить предыдущие отношения, проявившие высшую степень развития и ему также не удалось без остатка сменить систему источников права, редуцировать её на право кодексов. Кодекс Юстиниана так не остался нетронутым. В конце концов он служил чистой доской Tabula rasa, ставшей основой развития нового судейского и обычного права.

Средневековье наследовало, по существу, идею сводно-закрепляющего кодекса. Средневековые, даже ранние новые предформы кодификации в основном пере-кликаются с поздними предформами древних веков. И, кажется, что они смогли служить основой для утверждения, являющегося бесспорно искажённым в своей умышленно абсолютизирующей форме, по которому "сверх своей формы и содержания кодекс характеризуется различными чертами, единообразно имеющими целью содействие более удовлетворительному ознакомлению с правом." ^I Ибо они - своды законов, кодексы в узком

смысле слова. Они не имеют целью ни общественного, ни правового изменения; в большинстве случаев они не реализуют такого изменения; их истинной функцией является действительно не что иное, как консервация по возможности права и через этого общественных отношений посредством сводного закрепления.

Первыми примерами классического типа кодексов - в качестве выразителей стремлений феодального абсолютизма к праятворчеству - были прусские и баварские попытки кодификации. По сравнению с вышеупомянутыми предформами здесь уже очевидно выдвигается на авансцену стремление качественно уловить регулировочный материал определённых отраслей права. Однако классический период кодификации одновременно и период буржуазных революций и наиболее типичным проявлением этого является свод законодательства Французской революции в Code civil, заглушённый с компромиссами. Итак, порвав с попытками создания казуистических систем ранних форм этого типа, Code дал пример не только не более отвлечённое создание систем, поближе осаждающее судяство, но прежде всего на использование кодификации средством общественного изменения. Как в Code, так и в швейцарской частнопредовой кодификации наблюдается сплетение претензии на реформу общества и права, её со-

временное кодификационное разрешение. Определяюще характерной чертой этого типа является, что его тенденция к реформе - посредством укрепления экзегетического направления - вскоре переходит в исключительность сохранения. Эта смена функций, детерминированная своей внутренней необходимостью, вскоре проявляется препятствием дальнейшего развития: требования к развитию монополистического капитализма, как известно, выражаются - напротив права кодексов - первично на правоприменительной практике. И кодекс, некогда колыхнувший флагом, всё более стал памятью минувшего времени и окаменелостью, хранившей в жизни и продолжавшей жить как следует; и перекодификация становится отжившей прежде чем произошла: кое-каким образом она уже не актуальна.

Использование средства кодификации для обеспечения основательных общественных и правовых изменений было воспроизведено социалистическими обществами в условиях социалистической революции. Всё это, конечно, предположило использование предыдущего опыта, всё-таки социалистическая кодификация создаёт самостоятельный, качественно отделяющийся тип. Важнейший источник этого составляют содержание этой кодификации, имеющей целью ликвидировать всякого рода эксплуатацию, и её общественные компоненты; но теперь

другое считается нами первично достойным изучения, а именно: эта кодификация не ограничивается качественным преобразованием общества и права, а она стремится к сохранению реформаторского характера и живой, постоянной и периодически актуализированной связи с общественными изменениями. Она имеет целью не только сохранение относительно закреплённых, стабильных рамок, постоянно воспроизводящуюся перманентность сохранения и в процессе кодификации, но и то, чтобы взявшись и захотев перекодификацию, стать сознательным и проверенным средством планирования будущего, применённым как основное и принятое.

2. Вопрос о возможности кодификации, воспринятой основным средством преемственности общественного изменения. Предшествующие социалистическую кодификацию типы, кажется, в силу своего исторического существования, уже доказали данную возможность исполнения своих функций относительно осуществления диалектики общественного изменения и сохранения и её данной связи. Абстрагируясь от некоторого изолированного опыта, открытый вопрос представляет реальность тех англо-американских представлений, которые имеют целью почти два столетия переделку системы правовых источников, сводное закрепление права, но по крайней мере создание чистой доски / tabula rasa /

стоят на уровне континентальных предформ кодификации и переключаются в первую очередь с ними. Открытый вопрос далее реализующийся в наши дни стремления развивающихся государств к кодификации, примыкающие к одним из классических буржуазных (и вырастающих из этого рецепционных), англо-американских или социалистических типов, или же к смешанной идее кодификации, составившейся из первых.

В известной мере социалистический тип кодификации, который нас теперь и здесь в первую очередь интересует, представляет собой переход. Почти шесть десятилетий назад социалистическая революция победила в Советском Союзе. Соответственно этому уже десятилетий шесть имеется в распоряжении практический опыт попыток, стремлений и идей кодификации. Но развитие социалистических систем ещё отнюдь не заканчивалась. Что касается прошлого, социалистическая кодификация вполне осуществила коренное преобразование, касающееся содержания правовой системы и системы источников права. Значитотносительно настоящего и будущего может выдвигаться только вопрос о том, что возможно ли применение кодификации в обществе стандартизованным, утверждающимся средством планирования и обеспечения будущего и развития.

Пределы кодификации отчасти тождественны пре-

делам права. Поэтому общие возможности общественно-го развития в своём общем процессе не представляет специфическую проблему для кодификации. Однако для кодификации специфически появляется вопрос поддержки отношений с общественным изменением. Ибо кодексы являются писаными правовыми актами, в которых даётся специфического качества регулирование значительного (связного) количества отношений, попавших под урегулирование. То-есть уже из этого количественного фактора следует, что изменяющая сила общественного развития с усиленной (большей других актов) частотой и интенсивностью касается адекватности продуктов кодификации. Этому особое значение придёт ещё качественная определённость этих количественных факторов, специфика создания систем в способе регулирования, что влияет в направлении релятивного, также большего других актов, усиления устойчивости продуктов кодификации всякого рода изменению. Со знанием практики столетий охватывающие и частичные изменения кодексов оттого и требуют преодоления более значительного внутреннего сопротивления. Они делают необходимыми более тяжёлые решения, осмотрительную подготовку, соображения, требующие взятия больше риска. Значит кодекс со своей зафиксированной формой и охватным содержанием всячески предста-

30

влет прерывание в беспрерывно постоянном развитии общественных отношений. И это противоречие, поскольку оно появляется, первый раз снимается большей частью правоприменительной практикой. В случае, если общественное развитие главным образом так вынуждает адантирование кодекса, если практика применения права длительно выполняет такую - возможно, незаконную, но de facto приведённую в действие - поправочную роль, бывает, что последующая рекодификация уж не вызывает общественного изменения вопреки его первоначальной реформаторской тенденции и может быть, она и не поддерживает его. Даже её роль в изменении права может ограничиваться в таком случае самой легитимацией разных результатов правотворчества пра - воприменительной практики.

Такая практика кодификации и её возобновления - из-за её коллизии с концепцией социалистической законности - никак не может быть желательной для социалистической кодификации. В общем, только внутри постоянного процесса обратной связи, с постоянным обеспечением диалектической игры, и взаимодействия между правом и его определяющими элементами можно осуществить, чтобы в процессе развития общества право всегда шло вперёди, то-есть оно послужило средством изменения, но в то же время оно не забавало

слишком вперёд, то-есть не стало ирреальным.

Первые стремления социалистического законодательства, как известно, были проникнуты и иллюзиями. Бухарин и автор статьи юридического журнала Венгерской Советской Республики в основном единовременно высказали свою уверенность в том, что кодификация на общем уровне основных положений революционного права будет иметь результатом прочный источник права, удовлетворяющий и правовую политику и не причиняющий уж правотворческую проблему.² Венгерское выражение этого стремления было сформулировано следующим образом: "способ производства коммунистического общества будет прочным и естественным и этому будет соответствовать ясный и прозрачный правопорядок. Больше не будет нужды в объёмистых, талмудистских кодексах, нужны только сформулированные ясно и понятно для всех основные принципы, из которых кто бы ни может делать выводы на отдельные детали как при направлении с своей деятельности, так и оценки дел других пролетариев." Однако это ожидание вскоре было опровергнуто жизнью. Между тем кажется ясным, что значительное обобщение содержания регулирования продлило бы продолжительность жизни кодекса, точно также, как "переосмысление" отживших институтов и "актуализация" положений мо-

гут влиять в направлении повышения сохранения в силе. И хотя такие случаи бывают, значительное обобщение, например, в период революционного развития - всё-таки самообман думать, что кодификация с этим стала фактором общественного изменения и сыграла творческую роль в развязывании каково-либо явления. Предположение этого сравнялось бы тому, как бы мы считали нынешнее возрождение многовековых английских решений по конкретным делам позатым в наши дни плодом дальновидного планирования былой "общественной инженерии".

Кончив заложение фундамента и постройку социалистической системы права, развитие социалистической кодификации достигло такого пункта, который уже можно назвать вторым этапом кодификации.³ Значит, требование преобразования кодификации и его осуществлённая действительность недвусмысленно свидетельствуют о том, что социалистическая кодификация действительно хочет остаться естественным фактором общественного изменения, и не только сохранения. Поэтому прежде всего необходимо найти в сфере особенного, ограниченной общим и единичным, тот уровень оптимального регулирования, который возможным в подходящей глубине и для применения права сделает авансирование создаваемых общественных отношений,

то-есть такой захват типичного, который не отрывается от настоящего, но элементом планирования предполагает и будущее; он авансирует такое развитие, которое, в пределах будущей продолжительности жизни кодекса, пригодится для одновременного использования как фактор изменения и сохранения.⁴ Далее необходимо, чтобы теория и практика социалистического права недвусмысленно способствовали осознанию того, что акт кодификации, хотя бы основной, но только один акт в развитии права: как возникновение кодекса, так и его устарелie равным образом представляют закономерный процесс. В случае, если законодатель медлит с адаптированием своего кодекса к новым требованиям развития, поправка, в силу необходимости, прокладывает себе дорогу через судебское растворение конфликтов в практике применения права. Ввиду этой общественной закономерности, под вопросом, что теоретически обоснованна ли позиция, которая считает - изолированные в нашей социалистической действительности - случаи правотворчества судей злоупотреблением, уроном, касающимся принципов нашей правовой политики. И в тени этих считает неважным критический элемент и общественно порой слишком определённую необходимость в целом. И наконец необходимо, чтобы в интересах возможного от-

теснения правотворчества судей на задний план, его содержания в рамках и ограничения только на исключительные случаи, социалистическая кодификация взяла на себя не только желание и содействие планированию и общественному изменению, но и естественное последствие этого, неизбежное устарение и необходимость замены норм. Ибо требование планирования влечёт за собой необходимость дальнейшего планирования: реформа, как известно, и в кодификации может стать перманентной только в том случае, если понимает необходимость изнашивания себя и берёт на себя реформу вместе с перспективой постоянного реформирования себя.

3. Параллельность общественного и кодификационного изменений: обратная связь и её формы в социалистических кодексах. Выше было видно, что социалистическая кодификация может стать постоянным фактором общественного изменения только с эффективным обеспечением обратной связи, и за основную форму этого мы можем принять только рекодификацию, сменяющуюся кодификацией. Ибо вот форма, которая первоначально может обеспечить возобновляющееся использование кодификации средством сознательного и контролируемого планирования общества без нарушения принципов правовой политики, принятых в большинстве социалистических государств, и компетенцию законодателя.

Рекодификация, конечно, может проявиться поправкой в кодификации или перекодификацией. Выбор из этих возможностей определяется, с одной стороны, степенью развития общественных отношений, скоростью их развития, размером запланированного продвижения вперед, а с другой стороны на него оказывает влияние сила правовой стабильности и требования прочности, влияющая в направлении ограничения правового изменения и редуцирующая его на неигнорированное.

Однако повторяющееся совершение рекодификации, установленное темпом общественного развития, в развитии права всячески имеет результатом прерывание, скачкообразную адаптацию; тем более, что - ввиду практических точек - повторение этого едва кажется целесообразным в течение одного или двух десятилетий. Внутри основной формы обратной связи кодификации-перекодификации, на поле, ограниченном их конечными пунктами, поэтому необходимо разработать дальнейшие формы обратной связи, которые могут обеспечить непрерывность адаптации в рамках прерывания рекодификационного изменения права. Такая непрерывность адаптации - которая не затрагивает принципов социалистической правовой политики, ведь она сохраняется в рамках закона и передается структурно-системным оформлением кодекса - несется практикой

судейского растворения конфликтов. Так захват типичного в сфере особого обеспечивает и в кругу степени регулирования такую возможность законодателю, чтобы он закрепил общественные отношения в диалектике сохранения прекращаясь и возобновления сохраняясь. И копирование общественных отношений в их диалектике даёт возможность для такой одновременной службы общественному сохранению и изменению, которая оживает творческой работы от судьи, но по необходимости не предполагает его влияние, действительно развивающее и изменяющее право.²

Таким образом определение регулирования и его степени, оставляющее желательное место движения, рассчитано на типичное. Однако кодексы считаются и с непредвиденным - объективным нетипичным, возникающим вследствие ошибок сославления правовых норм и вырастающим из нового факта развития; и социалистическая кодификация предъявляет своеобразный путь в их разрешении. Суть этого заключается в том, что в системе регулирования - формулируя некоторые общие правила, принципы или клаузулы, имеющие непосредственное общественное значение и одновременно составляющие охватывающие принципиальные рамки данного регулирования - законодатель даёт возможность правоприменителю игнорировать применение, кстати,

важного положения праве и принимать решение по другим правилам. Высказывая обязанность осуществить права по назначению, вернее связывая субъективное право с таким осуществлением прав/что проявилось обобщающим обращением запрета злоупотребления правом, насаждённого кодексами/, социалистические гражданские кодексы релятивизировали правовые последствия, рассчитанные на типичное и относящиеся к нему, только с оценкой, полученной в процессе применения права. С этим нетипичное, которое проявляется здесь нанизывая для назначения субъективных прав, станет создателем особого порядка: уж не требует ни искусственного /но формально противоправного/, ни общественно неприемлемого /хотя формально правомерного/ разрешения. В уголовных кодексах отделение нетипичного совершается в силу того, что законодатель связывает преступление и назначение наказания - кроме элементов /известных и в буржуазных кодексах/ состава преступления, установленных в общей и особенной частях - с конкретной общественной опасностью действия. После того, что законодатель провёл таким образом границу типичного, которое он намерен регулировать с помощью частичных положений, типичное - прилипая к этой концепции законодателя - даёт судьи возможность творческого сопоставления

а общественной действительностью, в этом случае тоже не предполагающего действительное влияние, развивающееся и изменяющее право: значит, возможность для коррекции и адаптации.

Впрочем закрытию кодификации и её относительному оставлению открытой, сопротивлению изменяющему внешательству и стимулированию дальнейшего развития служат все компоненты системы, которые участвуют в регулировании, то-есть системная определённости кодекса; его разделённость на общую и специальную части; диалектика его степени регулирования, посредничающая на уровне особенного между общим и единичным и обеспечивающая их переход друг в друга; структурные элементы кодекса, прежде всего преамбула, которая своим оценивающим характером обеспечивает непосредственный переход к общественному содержанию регулирования и является указывающей направление в толковании права, заполнения его пробелов и дальнейшем развитии, а также общие положения, служащие основой норм при ограничении частичного урегулирования и отделении нетипичного. Значит в своем материале кодекс таит составную определённую, касающуюся содержания и структуры, развивающуюся и в своей укреплённости, отрывающуюся и в своей сомкнутости, которая тождественна себе только в тенденции направ-

ления своего движения. На одновременной службе диалектики общественного изменения и сохранения, требующей продолжительного сопоставления и возможности обратной связи, со стороны технологии кодификации это даёт возможность произвести реформу реформы, то есть как для постоянной, заранее запланированной адаптации, уложенной в систему кодекса, так и для рекодификации, строящейся на основе, рамках, структуре и, может быть, системе кодекса, пускающей в ход процессы нового изменения и сохранения.

- . -

1. Vanierlinen, Jacques, Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle, Bruxelles, 1957, 155.p.
2. Бухарин Н. - Преображенский Е. Азбука коммунизма, Петербург, 1920, пункт 72; Фёльдеш И. Непрофессиональный суд и нормы материального права /Földes I.: Laikus bírósok és anyagi jogszabályok. Proletár-jog, /1919./No.7., 50.p.
3. См. Сабо И. Общие актуальные вопросы кодификации /Szabó I.: A kodifikáció időszerű általános kérdései. Jogtudományi Közlöny, XLV /1969./, No.10., 494-495.p.
4. Такое взаимоотношение особенного и типичного рассматривается в труде В. Пешка "Источник права и правотворчество" /Peschka V.: Jogforrás és jogalkotás. Budapest, 1965. 324. és köv.pp.
5. О некоторых теоретических основах деятельности правоприменителя в диалектических рамках см. Ч. Варга, Об общественной определённости правовой аргументации /Varga Cs.: On the socially determined nature of legal reasoning. Etudes de logique juridique, C.V. Bruxelles, 1973, 21.p.

Czaba Warga

Rozwój prawa a jego kodyfikacja

W opracowaniu niniejszym nie mamy zamiaru omawiać ogólnego stosunku zmian społeczeństwa i prawa i nie będziemy zastanawiać się nad tym, w jaki sposób prawo, stanowiąc wyraz interesów określonej klasy lub klas społecznych, realizuje swoje funkcje polityczne i normatywne. W teorii marksistowskiej, jak wiadomo, prawo stanowi zjawisko zależne przede wszystkim od stosunków ekonomicznych i politycznych. Zależność ta nie stanowi jednak jednostronnej, pełnej prawidłowości, lecz tylko prawidłowość "w ostatecznym rachunku", nie wyłączającą bynajmniej określonej samodzielności prawa jako elementu nadbudowy w stosunku do bazy i innych elementów nadbudowy i znaczenia prawa wynikającego z tej względnej autonomii. W toku procesu rozwoju społecznego - stymulując go lub hamując, bądź w ogóle, bądź pod niektórymi tylko względami - rozwój prawa ma na celu współdziałanie zarówno w zachowaniu istniejących lub koniecznych stosunków społecznych, jak i w tworzeniu poprzednio nie znanych lub nie przyjętych w sposób należyty stosunków społecznych o charakterze powszechnym oraz ich wprowadzaniu w życie w drodze przymusu. W związku z tym w dziedzinie funkcjonowania prawa i jego roli interesuje nas teraz jedno zagadnienie, należące do kategorii środków. Chodzi tu o zagadnienie roli, jaką przyjęła lub mogła przyjąć na siebie kodyfikacja w realizacji funkcji prawa i jakie miejsce zajmuje ona lub może zająć w procesie zmian zachodzących w społeczeństwie i prawie, które typy postępowania uznaje w formie uogólnionej i systematycznej za pożądane, dopuszczalne lub zabronione.

1. Dialektyka społecznych zmian i zachowania w procesie historycznego rozwoju kodyfikacji

Wyodrębnienie kodyfikacji jako określonej techniki tworzenia prawa, mającej określone cechy strukturalne i systemowe, samo przez się niewiele wyjaśnia. Kodyfikacja bo-

wiem, historycznie bynajmniej nie stanowi zjawiska strukturalnego i nadrzędnego. Na kształt kodyfikacji wywiera ją wpływ tworzące się warunki historyczne i ukształtowane historycznie tezy teorii i ideologii stanowiące ich odbicie tak, że spoglądając na historię, należy mówić o powstawaniu mniej lub bardziej odrębnych typów kodyfikacji.

Historyczne typy kodyfikacji stanowią dodatek do czynników ogólnego rozwoju społecznego, a w ramach tego rozwoju - rozwoju prawa, należąc do sfery stosunków prawnych. Jednakże dla ich określenia szczególnie charakterystyczne, decydujące znaczenie ma konkretna realizacja dialektyki zmieniania i zachowania, tj.: w jakim stopniu dany typ kodyfikacji uczestniczy w zachowaniu i rozwijaniu stosunków właściwych dla danej formacji społecznej. Zmienianie bowiem i zachowanie jako całość towarzyszą całej historii kodyfikacji; względna równowaga /zmieniąca się w określonych formach/, ich znaczenie i proporcje, paralelizm lub przechodzenie jednych w drugie stanowią charakterystyczną, niekiedy główną cechę poszczególnych typów.

Jeżeli chodzi o antyczne "przedformy"¹, same narodziny kodyfikacji wiążą się ze zmianami prawa. W przeciwieństwie do prawa zwyczajowego wchodzącego organicznie w skład życia społecznego i jego powolnego rozwoju, prawo pisane, będące zewnętrzną obiektywizacją prawa, zjawilo się wtedy, gdy przekształcenie danych społeczeństw w wielkie imperia, będące bodźcem przyspieszonego rozwoju i zróżnicowania społecznego, wymagało reformy prawa, właśnie reformy przeprowadzonej od razu i całościowo i działającej w skali całych imperiów. Produkty trzech, czterech stuleci dzielące "reformy" Urukaginy od kodeksu Hammurabiego dowodzą, że były one tworzone w wyniku dążeń do reformy w związku z koniecznością świadomego, planowego i kontrolowanego przeprowadzania zmian w społeczeństwie i prawie. Ich celem było stworzenie określonego porządku, zmodyfikowanego w stosunku do prawa zwyczajowego; nie miały one jednak na celu zastąpienia tego prawa. Ich zadaniem, w każdym razie podstawowym, nie było bynajmniej całkowite zachowanie prawa; funkcja zachowania, jak się wydaje, mogła być co najwyżej drugoplanowa.

Początkowo źródłem wczesnych produktów, mających charakter kodeksów, były materialne skargi związane z ówczesnymi stosunkami. Jest rzeczą charakterystyczną, że przy powstawaniu dalszych antycznych kodyfikacji spotykamy się już ze skargami należącymi raczej do sfery wymiaru sprawiedliwości i dotyczącymi nieuchwytnego, nie skonkretyzowanego, wręcz anarchicznego charakteru prawa. Aż do zakończenia antycznych "przedform", poczynając od praw hetyków, poprzez chińskie kodeksy i przekazy Ldwiusza o prawie dwunastu tablic, aż do kodyfikacji Justyniana panuje prawie wyłącznie wskazana wyżej funkcja zachowania. Występuje więc tu na pierwszym planie zamiar zastąpienia i skasowania prawa zwyczajowego i innych form niepisanego prawa, przekształcenia systemu źródeł prawa. Należy podkreślić, że narzędziem dokonywania zmian społecznych - zwłaszcza w Rzymie - nie była kodyfikacja. Kodyfikacja miała na celu jedynie konserwację, zbiorcze utrwalenie prawa, a tylko w drodze wyjątku - jego konieczne uwspółcześnienie. Jak wiadomo jednakże, dzieło Justyniana - wskutek jego charakteru anachronicznego - nie zdołało utrwalić istniejących stosunków, które znajdowały się w stanie najwyższego stopnia rozwoju; nie zdołało ono również dokonać całkowitej zmiany systemu źródeł prawa, sprowadzić je do prawa kodeksów. Kodeks Justyniana nie pozostał nietknięty. Ostatecznie stał się on białą kartą, będącą podstawą rozwoju nowego prawa sądowego i zwyczajowego.

Średniowiecze w istocie przejęło ideę kodeksów-zbiorów o charakterze utrwalającym. Średniowieczne, nawet wczesne "przedformy" kodyfikacji w zasadzie wykazują wspólne cechy z późnymi "przedformami" starożytności². Wydaje się, że mogły one stanowić podstawę dla stwierdzenia - niewątpliwie wypaczonego ze względu na swoją świadomie absolutyzującą formę - iż "poza swoją formą i treścią kodeks posiada różne cechy, które służą wspólnemu celowi, jakim jest współdziałanie w lepszym poznawaniu prawa"³. Albowiem kodeksy w wąskim rozumieniu są zbiorami praw. Nie mają one na celu ani dokonywania zmian społecznych, ani zmian stanu prawnego; w większości wypadków nie dokonują one też

takich zmian; ich rzeczywistą funkcję stanowi w istocie tylko konserwacja prawa i tym samym konserwacja stosunków społecznych przez zbiorcze ich utrwalenie w prawie.

Pierwszymi przykładami kodeksów klasycznego typu - jako wyrazu dążeń prawodawczych feudalnego absolutyzmu - były pruskie i bawarskie próby kodyfikacyjne⁴. W porównaniu z wyżej omówionymi "przedformami" tutaj wysuwa się na pierwszy plan dążenie do jakościowego ujęcia podlegającego regulacji materiału określonych gałęzi prawa. Jednakże klasyczny okres kodyfikacji związany jest z okresem rewolucji burżuazyjnych. Najbardziej typowym tego wyrazem jest zbiór prawodawstwa rewolucji francuskiej⁵. Jak we francuskiej, tak i w szwajcarskiej cywilnoprawnej kodyfikacji daje się zaobserwować splatanie się tendencji do reformowania społeczeństwa i prawa z równoczesnym kodyfikacyjnym jego ujęciem⁶. Najważniejszą cechą charakterystyczną tego typu kodyfikacji jest dążenie do reformy - drogą utrwalenia egzegetycznego kierunku - wkrótce przekształca się w wyłączną tendencję do zachowania. Ta zmiana funkcji, wywołana własną wewnętrzną koniecznością, staje się wkrótce przeszkodą dla dalszego rozwoju; wymagania rozwoju kapitalizmu monopolistycznego, jak wiadomo, znajdują swoją realizację - wbrew prawu kodeksowemu - w praktyce stosowania prawa. Także kodeks, który niegdyś poruszał standardy, stawał się coraz bardziej wspomnieniem minionego okresu i skamieniałości dawnego życia; żyjąc jednak w dalszym ciągu; i rekodyfikacja stanie się przeżytkiem, zanim została przeprowadzona /w jakimś zakresie jest ona już nieaktualna/⁷.

Korzystanie z kodyfikacji jako narzędzia realizacji głębokich przemian społecznych i prawnych, zastosowane zostało przez społeczeństwa socjalistyczne w warunkach rewolucji socjalistycznej. Zakładało to oczywiście wykorzystanie dawnych doświadczeń; choć kodyfikacja socjalistyczna stanowi samodzielny, jakościowo odmienny typ. Istotną przyczynę tego stanu stanowi sama treść kodyfikacji; której celem jest likwidacja wszelkiego wyzysku i jego społecznych komponentów; obecnie jednak, jak nam się wydaje, co innego zasługuje na zbadanie; a mianowicie:

kodyfikacja taka nie ogranicza się do jakościowego przekształcenia społeczeństwa i prawa, lecz dąży do zachowania swego reformatorskiego charakteru; żyje ona w stałej i periodycznie aktualizowanej łączności ze zmianami społecznymi. Ma ona na celu nie tylko zachowanie względnie utrwalonych, stabilnych ram, stale odnawiającą się permanentność zachowania i ustawiczne modyfikacje, lecz także to, ażeby decydując się na rekodyfikację była ona świadomym i sprawdzonym narzędziem planowania przyszłości⁸.

2. Zagadnienie możliwości kodyfikacji jako podstawowego narzędzia prawodawstwa wprowadzającego zmiany społeczne

Poprzedzając socjalistyczną kodyfikację typy kodyfikacji, jak się wydaje, przez sam fakt swego historycznego istnienia wykazały istnienie możliwości spełniania przez kodyfikację swoich zadań w realizacji dialektyki łączenia zmian społecznych i zachowania. Abstrahując od niektórych odesobnionych doświadczeń, otwartym zagadnieniem pozostają realności tych anglo-amerykańskich prac, które niemal w ciągu dwóch stuleci miały na celu wprowadzenie zmian do systemu źródeł prawa, zbiorcze ujęcie prawa, a przynajmniej stworzenie "tabula rasa", będąc na poziomie i odpowiadając "przedformom" kontynentalnych kodyfikacji⁹. Zagadnienie otwarte stanowią realizowane obecnie dążenia krajów rozwijających się do kodyfikacji zbliżonej bądź do niektórych klasycznych burżuazyjnych typów kodyfikacji /lub typów od nich rezygowanych/ bądź też do typów anglo-amerykańskich, bądź socjalistycznych, albo też opartych o ideę kodyfikacji wyrastającą z tych wszystkich typów¹⁰.

Socjalistyczny typ kodyfikacji, który tutaj nas w pierwszym rzędzie interesuje, ma w pewnym stopniu charakter przejściowy. Sześćdziesiąt lat temu rewolucja socjalistyczna zwyciężyła w Związku Radzieckim. Zgodnie z tym dysponujemy już sześćdziesięcioletnim okresem praktycznych doświadczeń i prób kodyfikacyjnych. Rozwój systemów socjalistycznych bynajmniej jednak nie był zakończony. Jeżeli chodzi o okres miniony, kodyfikacja socjalistyczna w pełni zrealizowała zagadnienie przekształcenia treści systemu prawnego oraz systemu źródeł prawa. Oznacza to-

iz obecnie, a także w przyszłości może być stawiane zagadnienie dotyczące jedynie możliwości stosowania kodyfikacji jako standaryzowanego, zatwierdzonego narzędzia planowania i zabezpieczenia przyszłości i rozwoju społeczeństwa.

Zakres kodyfikacji częściowo pokrywa się z granicami prawa. Dlatego też możliwości rozwoju społecznego w całości kształcie procesu tego rozwoju nie stanowią dla kodyfikacji szczególnego problemu. Jednakże dla kodyfikacji powstaje specyficzne zadanie ochrony zmian zachodzących w stosunkach społecznych. Kodeks bowiem stanowią akty prawa pisanego, zawierające szczególną, jakościowo związłą regulację znacznej ilości stosunków społecznych objętych tą regulacją. Już sam ten ilościowy czynnik sprawia, że zagadnienie adekwatności wprowadzanych przez rozwój społeczny zmian ma szczególne znaczenie dla produktów kodyfikacji. Zagadnienie to ma także szczególne znaczenie z tego względu, że czynniki ilościowe mają także szczególną wagę jakościową i chodzi także o specyfikę systemów w sposobie regulowania¹¹, co wpływa na stosunkowo większą stabilność produktów kodyfikacji od stabilności innych aktów prawnych.

Praktyka stuleci, obejmująca także częściowe zmiany kodeksów dowodzi, że zmiany te wymagają przezwyciężenia znacznie większego wewnętrznego oporu. Wymagają one trudnych decyzji, przemyślanych prac przygotowawczych, koncepcji związanych z istotnym ryzykiem. Wynika stąd, że kodeks ze swoją utrwaloną formą i szeroką treścią zawsze stanowi jakieś przerwanie nie przetrwanego, stałego rozwoju stosunków społecznych. Sprzeczność ta, gdy się zjawia po raz pierwszy, w większości wypadków jest niwelowana przez praktykę. Jeśli jednak rozwój społeczny stale zmusza do takiego dostosowywania kodeksu, jeśli praktyka wykładni prawa przez czas dłuższy spełnia to, zapewne sprzeczne z prawem, lecz z konieczności wykonywane, korektorskie zadanie - może powstać sytuacja, w której dalsza rekodyfikacja już nie podlega za sobą - wbrew początkowym tendencjom reformatorskim - zmian społecznych, a może istnieć prawdopodobieństwo, że rekodyfikacja nie będzie ich podtrzymywała. Nawet jej rola w zmianianiu prawa

może w tym wypadku polegać jedynie na legalizacji rozmaitych wyników prawotwórstwa stosowanego w praktyce.

Tego rodzaju praktyka kodyfikacyjna i jej ponawianie nie są napełnio pożądane w toku kodyfikacji socjalistycznej, gdyż pozostają w sprzeczności z istotą praworządności socjalistycznej. Tylko w ramach stałego procesu sprzężenia zwrotnego, z zachowaniem dialektycznego ruchu i wzajemnego oddziaływania prawa i determinujących go elementów, można osiągnąć to, że w procesie rozwoju społeczeństwa prawo będzie zawsze szło na czele tego rozwoju, tj. będzie narzędziem zmian; równocześnie jednak prawo nie może wybiegać zanadto naprzód, gdyż może stać się nierealne.

Pierwsze dążenia ustawodawstwa socjalistycznego odczuwały, jak wiadomo, złudzenia¹². Bucharin i autor artykułu w czasopiśmie prawniczym Węgierskiej Republiki Rad niemal równocześnie wyrazili przekonanie, że kodyfikacja oparta na podstawowych aktach rewolucyjnego prawa będzie stanowiła trwałe źródło prawa, zaspokajające potrzeby polityki prawnej i nie nakładające pęt na prawotwórstwo¹³. Dążenie to zostało sformułowane na Węgrzech w sposób następujący: "sposób produkcji społeczeństwa komunistycznego będzie miał charakter trwały i naturalny; odpowiadać mu będzie jasny i przejrzysty porządek prawny. Nie będą potrzebne wielkie, talmudyczne kodeksy; będą potrzebne jedynie sformułowane w sposób jasny i zrozumiały dla wszystkich podstawowe zasady, z których każdy mógłby wyodrębnić wnioski dotyczące poszczególnych spraw, zarówno w aspekcie kierunku swojej własnej działalności, jak oceny postępowania innych proletariuszy". Jednakże przewidywania te przekreśliło wkrótce życie. Wydaje się oczywistym, że znaczne uogólnienie problematyki podlegającej regulacji, przedłużyłoby trwałość życia kodeksu. Analogicznie - nadanie nowej treści instytucjom, które się przeżyły i aktualizacja aktów prawnych mogą wpływać na przedłużenie zachowania ich w mocy. I chociaż w życiu tak właśnie bywa, byłoby oszukiwaniem samego siebie twierdzenie, że w okresie przemian rewolucyjnych kodyfikacja stała się czynnikiem zmian społecznych i odegrała twórczą rolę w rozwiązywaniu jakich-

kółwiek problemów. Tego rodzaju teza byłaby równoznaczna z poglądem, że obecne "zmartwychwstanie" wielowiekowych angielskich orzeczeń rozstrzygających konkretne sprawy stanowi dowód dalekowzroczności planowania dawnej "inżynierii społecznej".

Po założeniu fundamentów i zbudowaniu socjalistycznego systemu prawa, rozwój socjalistycznej kodyfikacji osiągnął punkt, który już można nazwać drugim etapem kodyfikacji¹⁴. Oznacza to, że postulat zmiany charakteru kodyfikacji i zrealizowanie go w życiu dowodzą jednoznacznie, że kodyfikacja socjalistyczna rzeczywiście zmusza do tego, by pozostać naturalnym czynnikiem zmian społecznych, a nie tylko konserwacji. Dlatego też przede wszystkim zachodzi konieczność odnalezienia takiego poziomu optymalnej regulacji, aby regulacja ta w sposób dostatecznie głęboki uwzględniała mające powstać typowe stosunki społeczne, tj. aby obejmowała także stosunki przyszłe, nie odrywając się przy tym od rzeczywistości i stając się zarazem elementem planowania przyszłości; zakłada ona z góry taki rozwój stosunków społecznych w okresie przyszłego "życia" kodeksu, aby mógł on być wykorzystany jako czynnik zarówno zmian, jak i zachowania¹⁵. Konieczne jest następnie, aby teoria i praktyka socjalistycznego prawa w sposób zdecydowany przyczyniały się do uświadomienia sobie, że akt kodyfikacji, chociażby podstawowy; jest tylko jednym aktem w procesie rozwoju prawa; zarówno powstanie kodeksu, jak i jego starzenie się są jednakową prawidłowością w procesie rozwoju. W wypadku, gdy ustawodawca zwleka z przystosowaniem swego kodeksu do nowych potrzeb rozwoju, zmiany z konieczności torują sobie drogę przez sądowe niwelowanie konfliktów w praktyce stosowania prawa. W związku z tą społeczną prawidłowością wątpliwy teoretycznie wydaje się pogląd, że odosobnione w naszej socjalistycznej rzeczywistości przypadki prawotwórstwa sędziów są nadużyciem wyrządzającym szkody zasadom naszej polityki prawnej. Pogląd ten pomija istniejącą niekiedy określoną konieczność społeczną stosowania takiej praktyki. Jest rzeczą konieczną, aby dla zmniejszenia prawotwórstwa sędziów i zachowania go jedynie w określonych ramach,

z ograniczeniem do wypadków wyjątkowych, socjalistyczna kodyfikacja przejęła na siebie współdziałanie w planowaniu i dokonywaniu zmian społecznych; konsekwencją tego jest także konieczność zastąpienia nowym tego, co stało się przestarzałe. Planowanie bowiem pociąga za sobą konieczność dalszego planowania: jak wiadomo, reforma, także w kodyfikacji, może się stać permanentną tylko wówczas, gdy uwzględnia nieuchronność własnego zużywania się i przyjmuje reformę wraz z perspektywą nieustannego reformowania siebie samej.

3. Paralelizm zmian społecznych i kodyfikacyjnych:

"sprzężenie zwrotne" i jego formy w kodyfikacjach socjalistycznych.

Zostało wyżej wykazane, że kodyfikacja socjalistyczna może stać się stałym czynnikiem zmian społecznych jedynie w razie efektywnego zapewnienia oddziaływania zwrotnego i że za podstawową formę tego oddziaływania można uznać jedynie rekodyfikację, po której znów nastąpi nowa kodyfikacja. Jest to forma, która początkowo może zapewnić odnawiające się wykorzystanie kodyfikacji jako narzędzia świadomego i kontrolowanego planowania stosunków społecznych bez naruszania zasad polityki prawnej, których ustalanie należy w większości krajów socjalistycznych do kompetencji organów ustawodawczych. Rekodyfikacja może oczywiście stanowić poprawkę kodeksu lub też nową kodyfikację. Wybór tych możliwości zależy z jednej strony od stopnia rozwoju stosunków społecznych, tempa ich rozwoju, rozmiarów zaplanowanego ruchu naprzód, z drugiej zaś strony - wybór ten zależy od siły, prawnej stabilności, potrzeby trwałości, co działa w kierunku ograniczenia zmian w prawie i ich zredukowania do zagadnień istotnych. Jednakże powtarzające się przeprowadzanie rekodyfikacji, zależne od tempa rozwoju społecznego, ma zawsze dla rozwoju prawa charakter przerywania, adaptację skokową. Z tego względu powtarzanie rekodyfikacji wydaje się celowe co najwyżej w odstępach jednego lub dwóch dekad. W obrębie podstawowej formy "sprzężenia zwrotnego" kodyfikacji - rekodyfikacji na płaszczyźnie ograniczonej ich krańcowymi punktami, należy

opracować dalsze formy "sprzężenia zwrotnego", któreby zapewniały ciągłość adaptacji w ramach przerywania rekodyfikacyjnych zmian w prawie. Tego rodzaju nieprzerwany proces adaptacji nie narusza zasad socjalistycznej polityki prawnej, gdyż pozostaje w ramach ustawy i polega na strukturalno-systemowej przeróbce kodeksu w oparciu o sądową praktykę niwelowania konfliktów. Objęcie tego, co typowe w sferze tego, co szczególne, zapewnia ustawodawcy - w granicach regulacji - możliwość zabezpieczenia stosunków społecznych w dialektyce zachowania i wprowadzania zmian. Kopiowanie stosunków społecznych w ich dialektyce daje możliwość równoczesnego służenia tak społecznemu zachowaniu, jak i zmienianiu, oczekując od sędziego twórczej pracy, lecz z konieczności nie zakładając jego wpływu na rozwój i zmianę prawa¹⁶.

W ten sposób określenie regulacji i jej zakresu z pozostawieniem odpowiedniej przestrzeni dla ruchu, nastawione jest na zjawiska typowe. Jednakże kodeksy uwzględniają także zjawiska nieprzewidziane, nietypowe, powstające w wyniku błędów zawartych w normach prawnych, lub rodzące się na gruncie nowych zjawisk w procesie rozwoju; socjalistyczna kodyfikacja znajduje swoistą drogę do rozwiązywania tego problemu. Polega ona na tym, że w systemie regulacji - formułując niektóre ogólne reguły, zasady lub klauzule, mające bezpośrednie znaczenie społeczne i będące zarazem zasadniczymi ramami danej regulacji - ustawodawca daje możliwość organowi stosującemu prawo, pominąć nawet istotne przepisy prawa i wydać rozstrzygnięcie na podstawie innych przepisów. Podkreślając obowiązek wykonywania prawa zgodnie z jego przeznaczeniem, ściślej, wiążąc podmiotowe prawo z takim wykonywaniem prawa /co znalazło swój wyraz w zawartym w kodeksie ogólnym zakazie nadużywania prawa/, socjalistyczne kodeksy cywilne uznawały za relatywne, tj. związane z oceną uzyskaną w procesie stosowania prawa, następstwa prawne przewidziane i dostosowane do przypadków typowych. W związku z tym zjawisko nietypowe związane z prawem podmiotowym staje się tu twórcą szczególnego trybu, nie powodującego konieczności ani sztucznego /formalnie niezgodnego z prawem/, ani społecznie nie dającego się zaak-

ceptować /jakkolwiek formalnie zgodnego z prawem/ rozstrzygnięcia. W kodeksach karnych wyorębnienie zjawisk nietypowych dokonywane jest w ten sposób, że ustawodawca uzależnia byt przestępstwa i wymierzenie kary nie tylko od znamion przestępstwa /znanych także burżuazyjnym kodeksom/ przewidzianych w części ogólnej i szczególnej, lecz także od konkretnego niebezpieczeństwa społecznego czynu.

W ten sposób ustawodawca ustalił granice dla zjawisk typowych, które zamierza regulować w szczegółowych przepisach. To, co typowe - zgodnie z koncepcją ustawodawcy - podlega ocenie sędziego w aspekcie istniejącej sytuacji społecznej; nie oznacza to jednak, aby ocena ta wpływała na rozwój i zmianę prawa, tj. stanowiła jego korekturę i adaptację.

P r z y p i s y

- 1 CM. Varga Cs., Kodifikációk előformái az ókori jogfejlődésben /Kodyfikacyjne "przedformy" w rozwoju prawa starożytnego świata/, Állam- és Jogtudomány, XVII/1974/ 1, s.s. 83-100.
- 2 CM. Varga Cs., Kodifikációk megnyilvánulások a középkori jogfejlődésben /Zjawienie się kodyfikacji w rozwoju średniowiecznego prawa/, Állam- és Jogtudomány, XVIII /1975/ 1, s.s. -135-158.
- 3 Vanderlinden J., Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle, Bruxelles, 1967, s. 163.
- 4 CM Varga Cs., Kodifikációk megnyilvánulások a feudális abszolutizmus korában/Tendencje do kodyfikacji w epoce oświeconego absolutyzmu/, Jogtudományi Közlöny, XXII /1976/ 2, s.s. -70-80.
- 5 CM.Varga Cs., A Kodifikáció klasszikus típusának születése Franciaországban /Narodziny kodyfikacji typu klasycznego we Francji/, Állam- és Jogtudomány, XVII /1974/ 3, ss. 457-479.
- 6 CM. Varga Cs. , A polgári átalakulás kései kódexei és kodifikációk problematikája /Późniejsze kodeksy i problematyka kodyfikacyjna burżuazyjnych przemian/, Jogtudományi Közlöny, XXII /1977/ 6, s. 320-329.
- 7 CM Varga Cs., Die Kodifikation und ihr Verfall in der Entwicklungsgeschichte der bürgerlichen Demokratie, in: Die Krise der bürgerlichen Demokratie und der bürgerlichen Demo-

- kratielehren in der Gegenwart, Bd.,2, Berlin, 1968, s. 104-111.
- 8 CM. Varga Cs., The Formation of a New, Socialist Type of Codification. Acta Iuridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XVII /1975/ 1-2, s. 111-138.
- 9 CM. Varga Cs., Kodifikáció az angolszász rendszerekben /Kodifikacja w anglosaskich systemach/, Állam- és Jogtudomány, XVI /1973/ 4, s. 611-634.
- 10 CM. Varga Cs., Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro-Asiatic Legal Development, Budapest, 1976, 45 s. /Studies on Developing Countries, N° 88/.
- 11 W sprawie oalokantaltu problematyki w uniwersalnych stosunkach rozwoju kodyfikacji. Patrz Varga Cs., Types of Codification in Codificational Development, Acta Iuridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XIX /1977/ 1-2, s. 31-54.
- 12 O historycznych przesłankach i teoretycznym wyjaśnieniu zawartym w utopijnym zakończeniu formalnej racjonalności. CM. Varga Cs. Utopias of Rationality in the Development of the Idea of Codification. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, LV /1978/ 1, s. 21-38.
- 13 Bucharin N. - Preobrazenszkij E., Alfabet komunizmu. Petersburg, 1920, s. 72; Földes I., Laikus bírászkodás és anyagi jogszabályok. /Niezawodny sąd a normy prawa materialnego/ Proletárjog, 1919, N° 7, s. 50.
- 14 Szabó I., A kodifikáció időszerű általános kérdései /Ogólne aktualne problemy kodyfikacji/, Jogtudományi Közlemény, XXIV /1969/ 10, s. 494-495.
- 15 Tego rodzaju wzajemny stosunek szczególnego i typowego omawiany jest w pracy, Peschka V., Jogforrás és jogalkotás /Źródło prawa i prawotwórcstwo/ Bp., 1965, s. 324 i n.
- 16 W sprawie niektórych podstaw teoretycznych działalności stosującego prawo w dialektycznych ramach, patrz Varga Cs., On the socially determined nature of legal reasoning, w: Etudes de logique juridique, tome V, Bruxelles, 1973, s. 21.

Мы живем в эпоху социалистического преобразования общества, в эпоху социалистической революции, которую совершили путем научной теоретической подготовки, научного контроля общественных двигательных процессов. В истории революций социалистическая революция является первой, которая прибегает к помощи науки, свободной от сделок и компромиссов. Ленин был первым, кто совершил беспримерный до этого эксперимент по непосредственному соединению повседневной практики с теорией¹.

Планирование общественных преобразований имеет свои пределы. Один из них коренится в природе общественной практики человека. Я имею ввиду тот естественный предел человеческой целенаправленной деятельности, который антилогия Лукача отмечает в качестве основного противоречия исторического развития. А именно, с помощью установочной, на основе познания управляющей в силу необходимости общественной тоталитарности, деятельности человек приводит в движение такие причинные процессы, которые создают другой результат, нежели который фигурировал в первоначальной установке.

Поэтому общественное планирование может быть только приблизительным, сконцентрированным на главных направлениях воздействия и последствий; не может поставить перед собой цель полного предвидения общего движения².

Вне этого являются также такие общественно-исторические конкретные особенности, которые ограничивают успех общественного планирования. Среди них наиболее важным является то обстоятельство, что социалистическое общество еще не обладает адекватной экономической, социологической, политической, правовой теорией и т.д., такой, подтвержденной марксизмом на уровне научности эпохи и разработанной путем взаимосвязанной, теоретической требовательности теорией, которая в XX веке стала бы достойным партнером предшествующей методологии, разработанной Марксом и Энгельсом в 19 столетии в отношении европейского капитализма.

Что касается правовой теории в этих рамках, очевидно, что в Советском Союзе и в некоторых странах народной демократии только в последние десятилетия стали проводить переломные эксперименты по преодолению социалистического нормативизма, сменявшего зарождающееся в первые десятилетия мышление и затем институционализированное в качестве официальной идеологии, и по марксистской переработке права, отвечающей общественным теоретическим потребностям. Я не без основания говорю о новизне обоснования права как общественной теоретической потребности. Ведь отсутствовало то, что в искаженной форме акцентировалось в сторону переформирования, оцениваясь зачастую в качестве реальности с помощью лишь предположения не принимая во внимание то, что предположение является лишь проводником реальных двигательных процессов. То есть предположение настолько является определяющим для общественного движения, насколько соответствует в конечном счете общему движению общества. С другой стороны отсутствие общественно-теоретического обоснования препятствовало развертыванию созерцания права в рамках общественной тоталитарности, благодаря чему служило барьером для осуществления образа исторического видения. Результатом является ничто иное, как деградация теории, сведенной к актуаль-

ности тезисов. Поэтому являлось сюрпризом и не случайно, что начиная с первых шагов социалистического преобразования кодификация правового развития считали само собой разумеющейся альтернативой и последовательно проводили в жизнь без того, чтобы существовала теория кодификации, обосновывающая этот учет. В сущности, континентально-правовые традиции данных стран, а также идеализирование классической кодификации буржуазных революций в виде правового воплощения общественного прогресса содействовали тому, чтобы модель социалистического развития права также представляла собой кодификацию⁴. Такое безперспективное, а то же время исторически ограниченное обоснование социалистической кодификации послужило источником для упорного подхода, для иллюзий, влияющих на всю правотворческую политику.

Под углом зрения исторической всеобщности кодификация является ни чем иным как прямым продуктом правового развития. Его существование можно проследить начиная с первых писаных правовых форм через различные эпохи и правовые культуры. Ускоренное общественное развитие в Месопотамии в период между XIX — XVIII столетиями до н.э., превращение городских княжеств в централизованные империи вызвали необходимость создания кодификации. Наряду с моделями, едиными, не претендующими на господство, сознательно не реформируемым правом обмывав это означало создание отдельного порядка с тенденцией к реформе в имперских размерах. В Риме же, как и в ряде китайских княжеств в середине VI в. до н.э. это явилось в качестве средства борьбы народных масс, ведущей за фиксацию права. Это было не просто обобщение права и вместе с тем демократизм познания права, а подчинение рожденных в классовых компромиссах известных правовых норм юридически не связанным и осуществленному привилегированным слоям правосудия. В ходе исторического развития утратился реформный характер древнейших форм кодификации и в области кодификации на передний план выдвинулось резомирование право, которое подняло на технически несмысленный уровень правовую культуру в римской империи, а также в средневековых германских империях, частично возникающих из римских руин.

Кодификация в современном смысле этого слова по выражению Маркса является современной государственностью, т.е. продуктом государственного устройства, стремившегося к всеобъемлющему устройству общественной деятельности с помощью институционализированной в качестве самостоятельной отрасли разделения труда бюрократически построенной системы организаций.

В рамках феодального просвещенного абсолютизма это было обусловлено созданием особой социально-экономической ситуации. С одной стороны, для того, чтобы ликвидировать раздробленность сконцентрировать господство, монарх должен был консолидировать свою власть. В интересах этого он вынужден был принимать определенные меры по всеобъемлющему управлению. Отдельно должен был вести государственные финансовые дела, организовывать государственную армию, общественные работы, взять под свое покровительство деятельность в области сельского хозяйства, промышленности и торговли. Все это требовало создания самостоятельного административного аппарата, равно как разработки такой системы правил, пригодной для приведения этого аппарата в движение, которая способна выживать в до

этого неизвестные или юридически незащищаемые сферы жизненных отношений. С другой стороны на передний план уже выдвинулись буржуазная прослойка или временный союз с монархом, поскольку была в равной степени заинтересована в ликвидации партикуляризма и обеспечении единого правопорядка. Вследствие роста упоминанной уже сферы государственного вмешательства в неслыханных размерах раздулся тот правовой материал, необходимость обобщения которого, обеспечивающего единую практику, возникла в ходе всеобщающего, массового применения. Прямые методы обобщения не могли дать ощутимых результатов. Поэтому прежде кодификационные формы при которых раньше новые нормы количественно разнились рядом друг с другом, следовало было заменить кодификационными формами нового типа. Речь идёт о кодификации в качественном отношении. Обобщение нормативного материала осуществляется таким образом, что оно воссоздаёт нормы в качестве элементов системы в движении от основных принципов до взаимосвязанных в самом себе общих и особенных правовых тезисов и сносу их исключений. Этот метод представляется наиболее предпочтительным с точки зрения последовательности, отсутствия противоречивости, ясности, обзорности регулирования и легкости управления, обеспечивающего идентичности практических выводов. Но и органически вытекает из того образа рационального материального созерцания, который вслед за продвижением вперед естественных наук стал авторитетом для общественного мышления в Европе. В период принятия кодексов наполеона и в ходе консолидации вследствие французской буржуазной революции кодификация отшлифовалась в классический образец в области унификации и обновления права.

Это был образец, который распространился в ходе буржуазной кодификации и послужил вдохновителем для последующих больших образцов кодексов нашего столетия, а также для кодификации немецкого и швейцарского частного права⁵. Подтверждение обоснованности исторического исследования всегда определяет потребности и проблемы современности. В отношении социалистической кодификации это проявляется в двух направлениях. С одной стороны очевидно, что социалистическому праву соответствует кодифицированная форма. Идентичность между социалистическим устройством и кодификационными правовым развитием является продуктом такого общественно конкретного определения, в котором субъективные факторы — как, например, исторические привычки и идеологические традиции — играют не последнюю роль. С другой стороны, поскольку исторически действительно создаётся эта идентификация, образом служат буржуазная кодификация.

Что касается первого вопроса, то Советский Союз и большинство европейских стран народной демократии в период консолидации, т.е. построения социалистической правовой системы, избрало кодифицированный путь правового развития. К этому следует добавить два замечания. Во-первых, согласно общим закономерностям социальных революций в социалистической революции революционный этап, характеризующийся так называемой революционной законностью, т.е. большей частью безусловными, не наделёнными гарантиями, неразработанными в системе формальных требований, не построенным в систему состоянием права, которое открывает простор для тактических нужд революции. Во-вторых,

после завершения выше упомянутого этапа только там встает на путь кодификации, где это вытекает из технических традиций правового устройства, особой идеологии права, структуры подготовки юристов, методов труда профессиональной юридической практики. В ходе присоединения к континентальной правовой традиции и культуре этот случай имеет место как в Советском Союзе, так и в большинстве европейских стран народной демократии. Стимул прошлой особой кодификации, потребность в превращении в жизнь несбыточных обещаний буржуазной кодификации, кризис кодификации в этот период в Западной Европе сыграли последующую определенно стимулирующую роль. При международном положении, диктующем только правовой реперт, по специфическим причинам на аналогичный путь встали страны, не имевшие такого прошлого (в Европе; Албания, в Азии; Монголия, Китай, Корея): это была форма, в которой переплели право в европейском смысле этого слова; это была форма, в которой получили готовое социалистическое право. Это подтверждается и тем, что международное положение большинства затрагиваемых стран перенесло определенные изменения, но внутренней политике же произошел такой поворот, который можно было бы назвать деконсолидацией. Результатом этого в отношении кодификации явился возврат на путь кодификации и выдвинение вновь считавшихся уже ликвидированных древних правовых традиций⁶.

Что касается коренения идеи социалистической кодификации в идеалах буржуазной кодификации, то речь здесь идет об использовании новых условий прогрессивных традиций, повышении их на более высокий уровень. Эту связь хотя уже только исторически показывает то, что в течение десятилетий социалистическая правовая теория по образцу французской кодификации воспринимала кодификацию в качестве правотворческой, новаторской по содержанию права деятельности. И лишь в наши дни со всеобщим установлением рекодификации социалистическая правовая теория преодолела эту позицию, признав, что прежде всего речь идет не о приобретении правом нового содержания, а о том, как организовать право. Собственно явление рекодификации является тем, что выделило социалистическую кодификацию в самостоятельный тип, отделив её от буржуазной кодификации, стремившейся к увековечению права и не признающей необходимости периодичного прогрессирования⁷.

Возвращаясь к кодификации как к всеобщему явлению согласно самому всеобщему её понятию это правовое явление в письменном виде, фиксирующее право, которое состоит из характерных для европейского развития компонентов понятия, как всеобъемлющий характер данной отрасли права, наличие у кодификационного произведения юридической годности, организация правового нормативного материала в качестве элементов взаимосвязанной в самой себе системы. Таким образом, социалистическая кодификация является особым понятием, которое имеет генетическую связь и структурное родство с классической буржуазной кодификацией. С учётом неконсолидированных этапов общественного развития, возможного сохранения при социализме отмечавшихся правовых традиций нельзя отожествлять содержание социалистического права с кодифицированной формой. Следует учесть далее другие кодификационные формы модернизации племенного или религиозного правового устройства не рассмат-

ризации, которые охватывали алло-сакских и развивавшихся стран, которые являются самостоятельными моделями и которые, если социалистическое преобразование общества осуществлялось бы в такой среде, дифференцировали бы далее кодификационные и некодификационные формы, среди которых можно представить развитие социалистического права.

Если мы хотим придать содержанию упомянутому определению кодификации и вынести двигательную силу, которая на отдельных исторических этапах направляла правовое развитие в сторону кодификации, то наше исследование следует вести в двух направлениях. Одно из них — формальный рационализм права, другое — обеспечение централизованного государственного господства над правом, которое в отношении "средство — цель" стоит друг с другом.

Итак, рационализм является исторически развитой категорией. Впервые теоретическое развитие получила в социологии Иакса Вебера⁸. Занимаясь товарнопроизводительными европейскими обществами и спецификой буржуазной экономической деятельности он искал ответ на вопрос — каковы те черты, которые отличают друг от друга эту деятельность, служащее ей основой общественно-государственное устройство и организационные образы. Итогом постановки вопросов явилось понятие формального рационализма, которое стало не только одной из центральных категорий социологического исследования буржуазного общества но и посредством Лунча⁹ утвердилось в марксистском общественно-научном мышлении. Что касается его сущности, формальный рационализм является ничем иным как обеспечением предвидения социальных последствий поведения: созданием организационных рамок, в которых можно рассчитать ожидаемые последствия поведения индивида.

Формальный рационализм в праве обеспечивается двумя путями.

Первый, создание формального права это ничто иное как создание писаной и таким образом объективируемой нормы. С момента первого появления до современных форм правовые нормы содержат три элемента. Указывают данную ситуацию; устанавливают, какое поведение в этой ситуации должно проявляться или не должно проявляться; и наконец определяют последствия данного проявления или не проявления. Следует видеть высокую степень абстрагируемого обобщения также и в том случае, если нормы казуистичны в отношении такого случая, который можно встретить во многих расприлиженных того времени. Рассматривая норму в языково-логической структуре или в действии, она является не познаваемой в себе, а прежде всего практической категорией. И то же время это не означает, что правотворчество основывалось бы на познании оказываемой на него общественной реальности. Логическая модель процесса, ведущего к нормотворчеству, заключается в следующем: признать причинные взаимосвязи между данными общественными поведениями и воздействиями; определять общественно желаемые воздействия; выбрать ведущее к ним поведение (служащее средством); затем обуславливают это поведение самостоятельной целью в норме, в интересах принуждения к соблюдению придавая проявлению или не проявлению отдельного поведения такие последствия, действия на основе которых государственная организация с меньшей или боль-

шей всеобщностью претворяет правопорядок на практике.

Определение в норму проявляемого или не проявляемого среднего поведения в больших размерах создает прочную основу для предвидения возможных последствий общественного поведения. Формальный рационализм регулирования касается не только сферы адресатов, проявляемое или не проявляемое поведение которых в данной ситуации определяется нормой. Точно также осуществляется вторая дополнительная сфера адресатов в отношении государственного аппарата, которая в зависимости от действительного проявления или не проявления проявляемого или не проявляемого согласно норму поведения должна осуществляться согласно образцу решения, определенного в норму. Таким образом, непосредственный адресат имеет предвидеть предполагаемые последствия своего поведения, которые также предсудостительно извлекает государственный аппарат. В завершении формальный рационализм возникает также на стороне нормотворчества, создавая возможность для того, чтобы организовать общественные процессы и в предвидении прилах последствий выполнять задачу общественного устройства.

Для обеспечения этого минимума формального рационализма необходимы письменные, доступные для адресатов нормы в их объективируемой форме. Цель древнейших форм кодификации заключалась в создании писаной правовой нормы, цель моделей древнего мира и средневековья — в том, чтобы собрать воедино накопленный за это время, расписанный в различных индивидуальных или общих актах и сводах, и таким образом несообразный нормативный материал предоставить в распоряжение адресату в виде системы права. Когда с возникновением феодального абсолютизма государство должно было решать гораздо больше задач, в интересах этого создать разветвленный бюрократический аппарат, для приведения в движение которого создано количественно большее, чем раньше число норм, идея *corpus iuris*, т.е. простое суммирование накопленного нормативного материала в одной книге уже не могло служить решением.

Поскольку нормативный материал уже давно превисел это количество, в то же время стал слишком дифференцированным для того, чтобы быть суммируемым в одной книге и иметь рациональное воздействие. Поэтому на передний план выдвигалась и затем распространилась по всему миру тот тип кодификации, который не только суммирует в полном объеме, но и заново организует право путем постепенного извлечения некоторых основных принципов, в виде взаимосвязанных и относящихся друг к другу элементов системы. В то время как раньше отдельная норма была формально рациональной с точки зрения количественной кодификации, однако совокупность норм была вероятной, случайной и настолько иррациональной, точки зрения новой качественной кодификации формальный рационализм уже появляется среди норм, расположенных рядом друг с другом, поскольку носителем его является иерархическая система размещения этих норм рядом друг с другом или друг под другом¹⁰.

Как показывает общий исторический опыт, формальный рационализм права и обеспечение его путем выработки кодекса создает путь для централизованного государственного господства над всем областями права. В качестве примера можно сослаться на социалистическую кодификацию, которая в странах, прошедших

через действительные катаклизмы, стала актуальной тогда, когда в качестве второго этапа революционных преобразований наступил период консолидации. То есть на примере Советского Союза кодификация обеспечивала в области правотворчества лишь то, что преследовало цель введения единой законности в области правоприменения, а в области управления — институтирования двойной подчиненности^{II}.

Общественные двигательные силы кодификации, которые направлены в сторону формального рационализма права и таким образом в сторону обеспечения централизованного государственного господства над правом, в то же время никогда не были изолированы и осуществляются, выходя из основных двигательных процессов общества. История развития кодификации показывает, что этапы восходящего развития кодификации всегда совпадают с крупными периодами общественной стабилизации и консолидации при наличии существенной двигательной тенденции, характеризующейся развитием в системе организаций государственности. Это проявляется прежде всего в развитии бюрократического аппарата управления и правового нормативного материала. Короче говоря, мы можем утверждать, что вершины развития кодификации соответствуют вершинам развития управления. Мы можем сослаться на пример Римской империи, Византии, империи Харла Великого, французского абсолютизма XVIII столетия, полностью реорганизованной Фридрихом Великим Пруссии и т.д., однако считаем более целесообразным развитие социалистического права. Итак, советский пример свидетельствует также не только о том, что кодифицированное право вызвано общественной, экономической, политической необходимостью построения системы административной организации и консолидации, но и о том, что развитие социалистическое государство берет на себя также неслабых сложные, экономические, социальные, культурные, и т.д. организационные функции, которые в неслабых размерах повышает потребность в отношении рационального управления и вместе с тем рациональной правовой системы. Таким образом, независимо от конкретных вопросов того, что каким образом бы мы не рассуждали о кодификации всего административного права, его основ, соответствующих ему процессы, или отдельных его областей или по отраслям, кодификацию всегда следует рассматривать вместе с развитием управления.

В государстве, в отношении которого предполагается высоко развитое управление, потребность в кодификации всегда выдвигается на передний план. Безусловно, как между управлением и кодификацией административного права возможна различная связь. Однако нельзя оставлять без внимания тот поучительный факт, что кодификация является ответом на вызов тех же самых общественных потребностей, которые со стороны государственной организации соответствует система подготовительных бюрократических органов власти. Этот вызов является ничем иным как повышением эффективности государственного регулирования, планирования, высвещения и т.д., посредством роста формального рационализма действий государства.

В области кодификации рекодификация внесла новый противостоявший практике опыт. Здесь уже речь идет не о сотворении нового мира из ничего и таким образом о труде, подотчетном прошлому, а о критическом пересмотре процессуальности повседневной жизни, в котором акцент делается не на основ-

лении права, а на утверждении возникших в практике предыдущих кодексов изменений, соответственно на суверенизации этих изменений с законодательными поправками. В соответствии с этим кодификация из сферы обновления права частично попадает в сферу регулирования права. Ее функция, следовательно, состоит не в изречении права, определении действующего права. Поскольку действительное изменение права — посредством творческих предположений или в процессе лишь факта устанавливающейся практики — происходит вне кодификации, и роль рекодификации прежде всего заключается в том, чтобы развитие было право вновь поставить в рамки рационализма.

Буржуазная кодификация в принципе стремилась к увеличению права, не бросая за новую кодификацию, хотя судебная практика в больших размерах изменяла облик кодексов, претерпевших незначительные текстуальные изменения. Очевидно, что в результате этого кодификация с роли определения права опустилась до побочной роли (это было понятие экзотического правоприменения свободokonкуррирующего капитализма), до сферы систематически практического развития права, готовых понятий, рамок систематики и источника референций. Вместе с этим кодекс из двигателя развития права превратился в скрепящий балласт. Парадокс присутствия кодекса и изменения его функций не характерен для развития социалистического права. Начиная с первых шагов социалистических революций, когда возникла и идея кодификации, кодексы планировались и создавались с учетом негодности и преодоления существующих кодексов. Тут мы вновь возвращаемся к закреплению общественной практики и от накопления изменений к вынужденной рекодификации, в которой кодификация неизменно является краеугольным камнем развития права и даже его высочайшим выразителем, и никак не исключительным представителем или депозитарием.

Собственно, социалистическая кодификация также имеет средство, создающее возможность для того, чтобы общественные оценки перенести в область права и в широких рамках институировать формальное право. Мы можем видеть такую опасность для общества, как совокупность политик уголовных законов, правомерную юридическую практику, как буржуазно-правовое условие субъективной правосудности. Литература по поводу этих решений путем обычного права в меньшей степени институирована о том, что методически здесь речь идет о растворении формальных правовых институтов кодекса в непосредственной социальности, в результате таких оснований, для осуществления которых призван судья, выступающий по данному делу на основе действительно общих затрагиваемых лишь содержание директив. Это решение подтверждается в отношении его исторических корней, идеологических основ, действующего функционализма. И все же, если мы говорим об авторитарной кодификации и ее границах, следует видеть, что кодификационное регулирование присутствует здесь только в качестве общего по содержанию полномочия, точнее потому, что с учетом ожидаемых (но не предвиденных) нетипичных случаев следует изобрести от обязательства придерживаться образца вынесенного категорического решения. С точки зрения общественно-правового подхода речь идет не об открытии канала для самопронизова. Формально судья все же зависит от общих по содержанию директив. Здесь только социологическая ситуация принятия решения, т.е. сама личность, социально-политическое убе-

дене, общественное мнение, руководство правосудием и т.д. влияют на то, какими содержанием заполнить эти рамки¹².

Из вышесказанного вытекает, что для того, чтобы выполнять задачу формирования поведения, организации и планирования общественных процессов, основанных на сознательном воздействии, право должно обладать формальным рационализмом. То есть уже недостаточно иметь право, созданного на данной степени развития, с данным содержанием: для его эффективного функционирования необходимы организация его данным способом, объективирование его в данной форме, таким образом задача развития права удваивается: создание нормативного материала права по содержанию дополняется проблематичной организацией — объективированием этого нормативного материала.

Из предыдущего также вытекает, что утопия, сопровождающая восхождение вверх этапы социальных революций, которые провозглашают последовательное полное осуществление этого вопроса исходя из условий нового порядка, не дает действительно-го представления о реализуемых на практике возможностях. Так к области мечты следует отнести идею, согласно которой совокупность права является отражением анархического характера социально-экономической сферы, следовательно, если это общество из значения рационально спланированным обществом, освобождается от классовых antagonismов, то приобретёт кристально чистую, фиксированную лишь в основных принципах и однозначно предполагаемую последствия правовую систему¹³. Аналогично к области мечты относятся неопробованная социалистическая революционная утопия, которая совокупность права воспринимала в качестве само собой разумеющейся факта общественного устройства, полагая, что формально рациональную деятельность права можно обеспечить заимствованием из всеобщей математики методами с математическими выводами и полнотой¹⁴. Поскольку мы признаём утопический характер этих взглядов, поскольку следует считать с проблемой формально рационального действия права как одной стороны формы правового развития.

Это указывает на внутреннее противоречие, которое кроется в той исторически обусловленной потребности, чтобы стандартизированное влияние писаного правового объективирования не означало вместе с тем застой, а посредничество осуществлялось таким способом, чтобы путём техники манипуляции правовая практика пришла к удовлетворяющему обществу и в то же время подтверждающему в результате применения условного права решению.

С вышесказанным на передний план административной деятельности наше время особенно нуждается в принятии критерия общественно-желанного содержания правового посредничества как

них работах. По этноному, заново повторяющееся движение способствует приближению к создаваемому объекту. Система же в то же время развивает также те механизмы, в которых нуждается в рамках этого приближения непрерывная адаптация в изменённых конкретных особенностях создаваемого объекта. Чтобы соответствовать этой двойной противоречивой задаче, кодификация является синтезом принципиальной замкнутости и практической открытости, служащей в качестве корректора или адаптатора этой замкнутости. Следовательно, ценность кодификации состоит не в ней самой, мы хотим установить её лишь лишь за основу более широкие взаимосвязи, инструментальный характер правовой сферы и выполнение её конкретной функции.

Посредством этого кодификация дважды подвергается испытанию общественной практикой. В конечном счёте, как в отношении ценности отдельных кодексов, так и в предварительном вопросе общественная практика подтверждает: признавать кодификация вообще в данной области правового регулирования обеспечивать формальный рационализм, или же с учётом в высокой степени изменчивости правового материала пригодны ли более такие формы, как систематизация, консолидация, ревизия, систематизация права в полудокументальных настоящих справочниках, как хранение правового нормативного материала в электронных вычислительных машинах.

Правильности принимаемого решения. И то же время это не замыкает централизованное планирование, т.е. то, что централизованное регулирование ограничивает направление и рамки государственной деятельности, контролирующее которое призвана подсистема системы государственных органов.

Всё это свидетельствует о необходимости кодификации и в то же время динамичного восприятия права, которое внутри этого динамизма определяет смысл кодификации. Согласно этому одним из носителей права является костяк и зафиксированная структура кодификации. Таким образом, определяющей функцией является не создание застывшего образования, а перенос существа принципов, институтов и норм права из состояния случайного полагания друг с другом на уровень системы, в её взаимосвязи и относимости друг к другу. Таким образом кодификация направляет право в данное русло, связывает с образом понятий, институтов и решений системы норм, но не устраняется из от тысяческопического вклада правовой практики. В соответствии с этим право состоит из совокупности статических и динамических определений, в которой первичным носителем его является правоверность, вторичны — правовая практика.

Используя образный сравнением: роль кодификации в правовых процессах та же самая, что и роль экскаватора в земля-

СПИСОК И

- 1/ Сравни: Szabó, Imre: Léonie et le droit. Revue Internationale de Droit Comparé, 1970. 3. 675. et seq. p.
- 2/ Сравни: Varga, Csaba: Towards the Ontological Foundation of Law - Some Theories on the Basis of Lukács' Ontology. In: Filosofia del Derecho y Problemas de Filosofía Social. Memoria del X Congreso

Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, vol. X. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1984. 205. p.

- 3/ По названию см. Szabó, Imre: The Notion of Law. Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, 1976. 3-4. 276. p.

- 4/ Подробнее см. Varga, Csaba: The Formation of a New Socialist Type of Codification. Acta Juridica Aca-

demiae Scientiarum Hungaricae, 1975. 1-2. 111-128. p.

5/ См. Varga, Csaba: A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség /Кодификация как общественно-историческое явление/. Budapest, Akadémiai Kiadó, II-V. fejt.

6/ См. Varga: The Formation ..., 129-132. p.

7/ См. Там же: 132-137. p.

8/ Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen, Mohr, 1922 и Weber, Max: Rechtssoziologie. Neuwied, Luchterhand, 1960.

9/ Lukács, Georg: Geschichte und Klassenbewusstsein, Berlin, Malik, 1923 и рукопись "Die Verdinglichung und das Bewusstsein des Proletariats"

. Произведение на русском и немецком языках содержит чрезвычайно углубленный и расширенный материал о марксистских дискуссиях в Советском Союзе и Германии: A történelem és osztálytudat a huszas évek vitáiban /История и классовое сознание в дискуссиях двадцатых годов /, A Filozófiai Füzetek Évkönyve, Budapest, 1981. I-IV. kötet.

10/ Глубже в теоретических взаимосвязях см. Varga, Csaba: Rationality and the Objectification of Law. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1979. 4. 489-701. p.

11/ Сравни: Точка зрения В.И. Ленина, высказанная в

1922 г., в XXXIII томе Сочинения и в XXXV томе Ленинского сборника.

12/ Сравни: Varga, Csaba: Porvölj práwa a jejo kodyfikacja. In: Prawotwórstwo socjalistyczne. Warszawa, Instytut Państwa i Prawa PAN, 1979. 357-359. p.

13/ Надежда на это была характерна для раннего этапа первых попыток социалистического революционного преобразования. На примере Венгерской Республики Советов, см.: Földes, Iván: Lakás bfráskodás és anyagi jogszabályok /Гражданское судопроизводство и материальные правовые нормы /, Proletárjog, 1979. 7. 50. p., и на страницах Собеседной России; Бухарин и Е. Преображенский: Азбука коммунизма. Популярное объяснение Программы Российской Коммунистической Партии Большевиков. Петербург, Государственное Издательство, 1920.

§72, §75. В теоретических и исторических взаимосвязях подробнее см. Varga, Csaba: Utopias of Rationality in the Development of the Idea of Codification. In: Law and the Future of Society. Wiesbaden, Steiner, 1978. /Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Nr. 11./

14/ Сравни: Varga, Csaba: Law and Its Approach as a System. Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, 1979. 3-4. 301-302. p.

Появление права в обществе обусловлено целым рядом факторов, событий и процессов, также как оно служило и мисству в ходе тысячелетий своего развития. Место и роль права, занимаемые им в общественных двигательных процессах, а также его важность с точки зрения общественного развития, определяется целым рядом конкретных функций и, прежде всего, господствующей над ними основной функцией. Учитывая также время появления её в исторических двигательных процессах и все стороны её институционализации эта основная функция представляется ничем иным как "определённым разрешением конфликтов в обществе, устраивающим отдельные классы, слои или группы, вместе с тем — это обеспечение строя в угоду господствующих интересов, прежде всего через разрешение конфликтов, затем с помощью создаваемой основы для разрешения конфликтов и частично формирующейся из решений по устранению конфликтов всё более развивающейся нормативной системы, и, наконец, путём организации правовыми нормами всего общества или его отдельных явлений"¹.

Также трактование основной функции обеспечивает чрезвычайно важное место для правоприменения — смысл существования права почти полностью определяется правоприменительным процессом — в то же время даёт дифференцированную картину о роли правотворчества, которая проявляется в переводе практики разрешения конфликтов в определённое русло; в целом в таком формировании общественной жизни, которое включает в себя одновременно формальную фиксацию как воли государства, направленную на формирование специфических общественных отношений, так и применяемых или подлежащих применению в интересах осуществления этой воли средств. В наши дни, как известно, правотворчество находится в центре общественного внимания благодаря тому, что бытие современного государства стремится к усилению сознательной организации государства и в качестве одного из условий — обеспечения его целостности, всё большее акцентирует внимание на правотворчестве.

Интенсивная концентрация по правотворчеству однако может быть обоснована только в рамках данных границ. Мы можем в то же время констатировать, что какие бы соображения не затрагивали правотворческую деятельность, какую бы действительную или желаемую важность не придавали роли правотворчества, всё же очевидно, что "законодатель может осуществлять лишь непосредственную цель, а реализацию остального должен уступить другим"². Эти "другие" есть не что иное как функции, точнее правотворческие их, множество лиц, выполняющих соответствующую этим функциям роль. Исходя из выше сказанного из этих лиц в первую очередь следует упомянуть судью, правоприменительное лицо, которое в ходе своей деятельности призвано разрешать различного рода конфликты.

Отношение правоприменения к правотворчеству, решения по устранению конфликта к писаному праву, т.е. обусловленность правосудия, выступающего от имени права, благодаря данной, предвзято действующей и формально зафиксированной системе норм, и размер и способ этой обусловленности, особенно их теоретическое восприятие исторически даёт изменяющуюся картину.

На определённых территориях и в определённые периоды, например, где и когда существовала сильная централизованная власть, для центрального управления обществом соответствующей волей, средствами и возможностями путём единых директив, проводились интересные эксперименты по чрезвычайно узкому определению различных элементов и возможных результатов правоприменительной деятельности, лишению правоприменителя всяких возможностей толкования и оценок. Такая раболовская подчинённость правоприменения, лишённая любой возможности самостоятельного влияния, по крайней мере сознательное стремление к этому проявляется уже на начальных стадиях развития права, и их копия, исторически соответственно изменённый вариант или же только один их след в зависимости от общественного устройства и способа осуществления государства можно найти почти на каждой стадии особого развития эпохи, пропалывающей какие-либо специфические черты.

Естественно, в рамках рассмотрения отношений между правотворчеством и правоприменением следует провести различие между возникшей формой данного отношения, стремлением к возникновению данного отношения, а также их теоретическим отражением и восприятием. За видными сходством речь идёт о вещах, относящихся к различным категориям, совпадение или различие которых можно представить в зависимости от данного конкретного случая. Это означает, что стремление к реальности и мысленное отражение реальности могут показывать специфическое стремление к самостоятельности, в действительности же могут оторваться от реальности и от её реальных возможностей и таким образом могут нести такие представления, которые никогда и нигде в силу естественных вещей не становились, не становятся и не смогут стать реальностью.

Что касается ограничений правоприменения в отношении изречения закона и одновременно отрыва от реальности и её действительных возможностей мысленной картины, призванной отражать реальность, в качестве характерного и яркого примера следует привести общую для всей Европы практику полутора столетий, предшествующую французской революции, когда вместе со всё большим укреплением центральной власти и возвышением нового общественного класса параллельно чувствовалось естественное стремление к устоявшемуся праву правосудия. Следует заметить, что этот период был эпохой господства рационализма и рождения теоретических форм современного правового позитивизма, что поддерживалось, усиливало благодаря экономическим интересам и политическим целям буржуазии и могло проявляться также в идейном выражении потребителей осуществляемых в аналогичной форме после революции.

Это был период, когда Descartes в своём труде "Règles pour la direction de l'esprit, II" сформулировал основную тезис нартезманского рационализма — "Поскольку два человека имеют противоположное суждение по одному и тому же вопросу, настолько очевидно, что один заблуждается. Более того, ни один из них не владеет истиной. Если бы истина одного из них была бы ясной и чистой, то он таким образом выразил бы её противной стороне, что под влиянием этого истина восторжествовала"³.

и это был такой период, когда Лейбниц в своей работе "*Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*" пытался превратить правовую науку в аксиоматическую систему и само право построить в математической форме из числа дефиниций, аксиом и теорем.⁵ И, наконец, это был период, когда находясь на службе, стремления к централизации и унификации, идентификация законодательства с толкованием закона приобретает идеологическое выражение. "Поскольку лишь тот является властелином — читаем в фундаментальном труде, написанном триста лет назад — кто обладает властью творить Законы, только он может быть тем, кто обладает властью толковать Законы, поскольку толкование Закона служит Закону и в этом только Закон обладает авторитарностью." Институт *référé législatif*, который создали в ходе революции по юстинианскому примеру, в 1790 году следуя распоряжению (ordonnance) 1667 года, только потому смог запретить толкование закона и только потому смог возложить это на законодателя, что правовая практика по тем понятиям по содержанию отождествлялась с законодательством, тем самым смогла почти заменить его. Страх правосудия перед толкованием законов приводил не только к какому-либо практическому источнику опасности, к возможности для злоупотреблений, но и, признавал в качестве официально подтвержденного и назначенного к исполнению идеала такую экстремистскую, принципиальную возможность правосудия, исключавшую какой-либо элемент самостоятельности и принуждающую лишь к изречению закона, иллюзорный характер который мог быть выявлен лишь в результате быстрого провала, что одновременно послужило основой для рождения юридической практики в современном смысле и возникновения современной функции — различные времена среди авторов с различным суждением, и не является исполнителем закона в том смысле, что он является судебным исполнителем приговора⁸, а обладает самостоятельной, только ему принадлежащей функцией. В зависимости от определения этой функции буржуазное общество подчеркивает момент сложности двойной связи. "Судья — читаем у одного французского автора⁹ — подчинен двум равным задачам: нести справедливость, т.е.

должен вынести самое справедливое решение, в то же время он связан с текстом правовой нормы, которая должна служить основой для решения." Процесс принятия решения аналогичным образом созвучен с природой двойной связи, способом буржуазного восприятия этой природы, в то же время скандинавская теория правового реализма в любом случае с большей теоретической точностью, каковой даже экстремистской, содержит изложение этого процесса. Эта теория в известной степени сродна с американским реализмом, в то же время в качестве идеологического восприятия одного из компонентов формы континентальной правовой системы правовую норму связывает с таким условием судебного решения, влияние которого может быть реализовано лишь вместе с другими факторами, конкурируя с ними и преодолевая их в качестве противоположной стороны по отношению к этим факторам. Нормативный процесс в силу необходимости сообразования формально-го соответствия правовому акту возникает лишь в измененной, всеобъемлющей форме, которая по содержанию поделена на категории. "Судья — пишет, например, один из известных представителей скандинавского реалистического движения¹⁰ — не автомат, ко-

содержания толковании законов, выступающего в качестве законодательства, и законодательство, выступающего в качестве юридической практики, а также целовой формулировки возникновения процесса правоприменения, исключавшей и, более того, не признающей необходимости толкования законов. Такая картина процессов, включающих в себя правоприменение, уверенность относительно правовых решений и такое восприятие доказуемости в принципиальном смысле этого слова ведет к абстрактным выводам, чуждым реальным общественным процессам, в которых кроется право и весь механизм правосудия. В свете сказанного выше "если дано хорошо сформулированное право, то согласно известному факту, гипотезе любой судья, молодой или психолог, консерватор или передовой, ученый или неуч в любой части земного шара должен прийти к одному и тому же выводу"⁶, что на первый взгляд означает абсурд и противоречит здравому смыслу и фактам.

Все это однако означает одну из крайностей, экстремистскую позицию или возможность. Идея "законодательства без судей" в качестве контрпартнера как известно противостоит идее "законодательства без правосудия"⁷. Эта идея представляет собой не только логическую возможность. По ходу истории делались, а в отдельных специфических областях и поныне, делаются попытки по реализации этой идеи на практике. Действительность однако, как это можно констатировать путем обобщения, в основном базируется не на крайностях, а занимает промежуточное положение, там, где различные компоненты, стороны и возможности оптимально взаимодействуют и могут взаимодействовать друг на друга.

Таким образом, судья, как это было принято говорить в различные времена среди авторов с различным суждением, и не является исполнителем закона в том смысле, что он является судебным исполнителем приговора⁸, а обладает самостоятельной, только ему принадлежащей функцией. В зависимости от определения этой функции буржуазное общество подчеркивает момент сложности двойной связи. "Судья — читаем у одного французского автора⁹ — подчинен двум равным задачам: нести справедливость, т.е. должен вынести самое справедливое решение, в то же время он связан с текстом правовой нормы, которая должна служить основой для решения." Процесс принятия решения аналогичным образом созвучен с природой двойной связи, способом буржуазного восприятия этой природы, в то же время скандинавская теория правового реализма в любом случае с большей теоретической точностью, каковой даже экстремистской, содержит изложение этого процесса. Эта теория в известной степени сродна с американским реализмом, в то же время в качестве идеологического восприятия одного из компонентов формы континентальной правовой системы правовую норму связывает с таким условием судебного решения, влияние которого может быть реализовано лишь вместе с другими факторами, конкурируя с ними и преодолевая их в качестве противоположной стороны по отношению к этим факторам. Нормативный процесс в силу необходимости сообразования формально-го соответствия правовому акту возникает лишь в измененной, всеобъемлющей форме, которая по содержанию поделена на категории. "Судья — пишет, например, один из известных представителей скандинавского реалистического движения¹⁰ — не автомат, ко-

торый нормативные акты и факты переделяет в решения. Следует знать, что судья является таким человеческим субъектом, который добросовестно осуществляет свое общественное предназначение, по ходу принимает решения, которые в свете данных юридических и культурных традиций считает "правосмерными". Уважение к закону не носит абсолютный характер, как не представляет собой единственное намерение подчиняться закону. В глазах судьи закон является не какой-то магической формулой, а выражением идеи, поведения эталона или оценки, которое мы воспринимаем в качестве культурной традиции. Эта традиция возникает в сознании судьи в виде материального правосознания и представляет собой такой мотив, который может пойти на конфликт с требованием подчинения формального правосознания праву".

Социалистическое восприятие отношений между законодателем и правоприменителем и связи их с процессом принятия судебных решений также подчеркивает их сложность, одновременно с этим ссылаясь на наличие отличающихся элементов, в частности на наличие нового качества. Согласно господствующей точке зрения "в наиболее общей форме применение права представляет собой применение правовой нормы как общеобязательного правила поведения к конкретному случаю"¹¹, хотя выраженное в такой форме определение является лишь первым шагом к формулировке, в целом же оно является характерным и определяющим компонентом социалистической трактовки. В то же время реализация общего в особенном, как известно, возможна только в рамках одного диалектического процесса. Диалектический характер правоприменения необходимо подтвердить тем, что в случае принятия судебного решения речь идет не только о взаимном отражении общего в особенном и особенного в общем, но прежде всего их необходимости, что в ходе подчинения данной нормы составу факта это "создает конкретное единство индивидуальных и общих интересов"¹². Таким образом ни на уровне непосредственных общественных задач и воздействий, ни на уровне упомянутых связей нельзя оценивать правоприменительную деятельность как однородную. Относительно последнего в отношении социалистических государств известен например основной принцип: "через индивидуальные акты применения права и общую практику применения право соответствующие органы осуществляют социалистическую законность в соответствии с общей практикой социалистического государства и политики применения права"¹³.

Если мы хотим вскрыть теоретические корни трактовки связи между законодателем и правоприменителем, то прежде всего необходимо указать на то, что согласно марксистской теории, как известно, на право распространяются характерные двигательные процессы от общественных отношений до правовых норм и отсюда вновь до общественных отношений. Это движение, которое с помощью правовых норм исходит от общественных отношений и при-ходит к тем же самым общественным отношениям, возникает не просто в качестве закрытого или одностороннего процесса, а в качестве постоянно обновляющегося и никогда не прекращающегося двигательного процесса, который по многим пунктам содержит в себе также явление обратной связи. Две крайние точки этого особого общественно-правового движения с одной стороны представляют общественные отношения, с другой стороны — правовые

нормы, специфическими образом отражающие эти отношения, которые располагаются на различных уровнях всеобщего.

Общественные отношения, которые одновременно составляют основу, отправной и конечный пункт правовых двигательных процессов, включает в себя всеобщность очевидно различных конкретных эмпирических знаков, конкретный индивид, и этот конкретный индивид содержит в себе также существенное явление всеобщего, кроющегося и раскрываемого в totalidad. Что касается расположения правовых норм на данном уровне всеобщего и более — менее точного определения этого уровня, то и ни категория индивида, ни категория всеобщего не способны одновременно охватить единичного явления регулируемого общественного отношения и его существенную особенность. Таким образом, чтобы прекратить, сохраняя оба явления создать возможность для такого отношения правового акта к конкретному единичному случаю, которое создало бы не только связь с формой конкретного единичного явления общественного отношения, но и через нее и вместе с ней, — путем воздействия, регулирования единичного случая, выраженного в содержании правовой нормы и соответствующего всеобщему, — переход к существу, общему в общественном отношении¹⁴. В этих условиях движение, происходящее в законодательном процессе в результате не случайной, произвольной, а общественно определенной необходимости от формы единичного явления регулируемого общественного отношения к всеобщему и обратно, концентрируется в основном в виде содержания правовой нормы", постольку диалектическое единство и взаимосвязь... между формами единичного явления и существующим всеобщим общественным отношением получает выражение в логической форме особенного"¹⁵.

Таким образом, в свете взаимосвязи общего, особенного и единичного различные стадии основных правовых двигательных процессов получают выражение в различных формах. Общее, кроющееся в общественных отношениях как всеобщности конкретных единичных явлений, может быть раскрыто в качестве общего только в процессе человеческого научного познания и только это познание может привести к созданию такой нормы и системы норм, которая позволит создать связь между общим и конкретным единичным на уровне особенного путем фиксации выделенных из единичных явлений типичных элементов конкретного всеобщего¹⁶. Следовательно, движение, воплощающее в себе жизнь права, в основном исходит из общественных отношений с тем, чтобы при посредничестве правотворчества со знанием общего, открытого в ходе человеческого научного познания, добиться фиксации типичных черт на уровне особенного, а затем чтобы правоприменение вновь повернуло это особенное в сторону общественных отношений и благодар за эту вновь осуществить отношение общего к единичному. Очевидно, что во взаимосвязи общего, особенного и единичного большую часть двигательных процессов, идущих от общественных отношений к нормам, в буквальном смысле несет особая правовая деятельность, выражаемая в правотворчестве. Связь между общественными отношениями и взаимное влияние могут проявляться естественно по другим каналам, минуя правотворчество и правоприменение, так, прежде всего, путем создания норм правотворчества и в виде воздействия, оказыва-

емого на общественные отношения без участия правоприменения. Таким образом, возможность непрерывного движения формальным или неформальным способом между единичным, особым и снова единичным обеспечивается за счёт посредничества особого, в то же время это создаёт основу для того, чтобы выделить место, роль правоприменения и обусловленность поля движения.

Из выше сказанного вытекает, что движение между общим, особым и единичным состоит из процесса перехода друг в друга, незнающего остановки, и в этом двигательном процессе, не имеющей точки покоя, отдельное положение различных компонентов становится омонимичным с точки зрения всего общественного движения. Цель процессов, характерных для общественно-правового движения, состоит в том, чтобы непрерывно вновь и вновь создавать переход общего, особого и единичного друг в друга. Правотворчество исходит из общественных отношений, правоприменение направлено на общественные отношения, правотворчество представляет отправную точку этого общественно-правового движения, правоприменение же – конечную точку, потому что путь, проделанный от общественных отношений до норм и отсюда до общественных отношений, появляется в качестве искусственно обособленной стадии этого движения. Основу этого повторяющегося, воссоздающего себя в постоянно изменённой форме двигательного процесса составляют те общественные отношения, которые организованно возникают как раз в результате этого двигательного процесса. Прищипывальное обоснование воссоединительного характера и характерности основных общественно-правовых двигательных процессов в виде непрерывно поступательного кругового движения обеспечивается тем обстоятельством, что право, правовая норма приобретает форму в качестве посреднического пункта выходящих из общественных отношений их отражающих и, в конечном счёте, вытекающих из производственных отношений детерминированных процессов, в виде определённых этими отношениями образований. Социология формирует эту взаимосвязь таким образом, что два крайних пункта анализируемых двигательных процессов, выражаемое в общественных отношениях человеческое поведение и выражающая общественные отношения нормы во всеобщности идентичны или же благодаря сходным факторам показывают обусловленность¹⁷. Эта констатация представляется действительно пригодной для того, чтобы вновь подчеркнуть функциональное взаимоотношение правотворчества и правоприменения в двигательных процессах, характеризующих жизнь права, их совместную обусловленность и взаимообусловленность.

Правотворчество и правоприменение в равной степени призваны особым, специально правовым, нормативным способом соединить единичное с особым, имея в виду заплечатление сущностного всеобщего в рамках познания сущностной всеобщности и эта тождественная черта создаёт функциональную среду на уровне правовых явлений как тотальности общественных явлений даже в том случае, если неизвестно, что направление создания связи между единичным и особым, реализованное благодаря правотворчеству и правоприменению, в силу необходимости остаётся противоположным. В заключение этого следует учесть, что, как говорилось, не правотворчество является единственной и исключительной возможностью движения от единичного, также

как не правоприменение является единственной и исключительной возможностью движения к единичному, и так как влияние правоприменения, непосредственно оказываемое на нормообразование, так и реализация нормы, подготовленных путем правотворчества, или правоприменения и не требующих правоприменения, указывают на момент функциональной среды, протыкающейся между правотворчеством и правоприменением, что может броситься в глаза в ходе противопоставления с ещё ранее обозначенной основной функцией. Таким образом, обусловленность и пространство движения посредством тождественных факторов, известное диалектическое тождество единство возможностей и влияний в равной степени указывают на то, что под углом зрения совокупности общественных движений и особенно основной функции право правотворчество и правоприменение следует считать односущными, по крайней мере в одном отношении – в плоскости тотальности всеобщности упомянутых выше обусловленностей и правовых явлений как обособленных общественных явлений, несущих специфические черты. Эта односущность отнюдь не сдерживает развертывание координатно характерной для правотворчества и правоприменения в рамках этой тотальности противоположной направленности движения, определяющей в основном специфическую сущность правотворчества и правоприменения. В то же время указывает на одно чрезвычайно важное обстоятельство, на то, что с точки зрения уже упомянутой совокупности общественных движений и основной функции права правоприменение и правотворчество следует рассматривать в качестве двух основных в равной степени неигнорируемых, взаимообусловленных и взаимно направленных друг на друга средств любого общественного устройства, осуществляемого с помощью права. Правотворчество и правоприменение показывают односущность не только в том смысле, что наряду с основной противоположностью направления их движения несут известные общие обусловленности, тождественные с точки зрения выделения генеричной сути по отношению к противоположности специфической сути, но также и в том смысле, что специфическая суть как правотворчества, так и правоприменения и смысл их существования заключается не в самом себе, а в другом, точнее – в функциональной взаимосвязи с другим. Собственно, целью правотворчества является не только и не просто подготовка нормы, но и воздействие на формирование общественных отношений посредством нормообразования в ходе правоприменения и реализации права: цель правоприменения заключается не только и не просто в одностороннем воздействии на общественные отношения, но и в действительно творческой, эффективной формировании общественных отношений, которые служат развитию общественных отношений и так это одностороннее может стать основой для нового правотворчества, соответствующего развитию этих отношений и вместе с тем гарантом процесса повторяющегося в постоянно изменённой форме поступательного кругового движения.

Если мы говорим об известных общих обусловленностях, затрагивающих правотворчество и правоприменение, о том обстоятельстве, в основном и с учётом данного уровня всеобщности те же самые факторы определяют и те же самые черты характеризуют их¹⁸ в пунктах, решающих с точки зрения заплечатленные

права, тогда к определению следует добавить, что эти факторы и черты как в правотворчестве так и в правоприменении одинаково предстают двойным способом: частью косвенно-посредством другой стороны анализируемого общественно-правового двигательного процесса, частью же независимо от того, в самостоятельной и прямой форме. Это означает, что выходя за пределы непосредственной общественной обусловленности/или в качестве одного элемента этой общественной обусловленности/ в правотворчестве, обычно там, находим след обусловленности и черт предшествующего правоприменения, и наоборот, способом выражающимся в виде определяющего формального требования, что объясняется применительным характером правоприменения, особенностью специфической сути, безусловно следует найти след обусловленности и черт предшествующего правотворчества, выходя за пределы непосредственной общественной обусловленности (или в качестве одного элемента этой обусловленности).

Таким образом, социальная определенность и политичность, определяющее воздействие которых находим характерным с точки зрения права и особенно правотворчества, в силу необходимости приобретает двойственное выражение в правоприменении, поскольку с одной стороны это то, что правотворчество заранее проводит в отношении внутренних обусловленностей применяемой нормы и в то же время с другой стороны то, что приобретает видную форму – во внешней обусловленности правоприменительного процесса как общественного процесса, – в общем, общественно-политическом определении причин: цели и других взаимосвязей возникновения и разрешения правоприменительного процесса. Схожую природную диалектическую взаимосвязь отношений между правотворчеством и правоприменением подтверждает таким образом и выражение, в соответствии с которым "создание самих правовых норм является также следствием обособленной определённых образом политики правотворчества; эта политика правотворчества вместе с политикой правоприменения создаёт единство правотворческой политики, в которой политика правотворчества и политика правоприменения взаимно обуславливают друг друга и воздействуют друг на друга. В этом единстве общей правовой политики требования правой политики прежде всего влияют на правотворчество, воплощаются в правовых нормах и политики правоприменения в первую очередь осуществляется через правовые нормы и через выраженные в них принципы правовой политики... С другой стороны практика правоприменения, осуществление политики правоприменения одновременно означает испытание правовых норм и таким образом обратно влияет на правотворчество, т.е. политика правоприменения воздействует на политику правотворчества"¹⁹.

Таким образом, в отношениях между правотворчеством и правоприменением мы показали среду генеритической сущности, проявляющейся на уровне права как всеобщего, и разделение рядом друг с другом этих двух основных сторон общественно-правовых двигательных процессов, в то же время следует указать на несколько особенностей, более затрагивающих связь правотворчества с правоприменением, которые противоположны по направлению и возникают на уровне специфической сущности, осуществляющей основное дифференцирование внутри сферы права как всеобщего. Рассматривая отношения между правотворчеством и

правоприменением прежде всего можно констатировать, что с точки зрения институциональной формы, позитивной системы требований, функционального механизма и структуры современного в континентальном смысле права²⁰ правотворчество в отношении различных правовых двигательных процессов выступает в качестве господствующего фактора, поскольку – по крайней мере в праве – согласно традиционному основному принципу также формально-зафиксированной системы правовых источников правоприменение как реализация права по содержанию и формально в одинаковой степени определяется правотворчеством, рядом моделей решений, разработанных в процессе правотворчества, имеющихся в наличии средств. С точки зрения социологии можно считать очевидным также и факт обратной связи, воздействие превентивного правоприменения на правотворчество и таким образом в известной степени обусловленность нового правотворчества посредством правоприменения, однако это никаким образом не может быть спроектировано в виде формального требования. В противовес этому и одновременно вместе с этим, как представляется, в другой взаимосвязи правоприменение также можно было бы признать в качестве фактора, обладающего известным относительным приоритетом, поскольку основную функцию права и смысл его существования в самом естестве несёт оно, оно служит непосредственной цели права – соответствующее разрешение социальных конфликтов и поскольку по сравнению с этим предварительная разработка в процессе правотворчества ряда моделей решений для созерцания на уровне явлений представляет в качестве инструментальной функции. Такая оценка правоприменения подтверждается также тем фактором, что известные примеры, когда правотворчество, осуществлённое формальными или отдельными органами, постоянно или исключительно отсутствует на данном этапе²¹ или территории²², аналогичным образом известны такие случаи, по свидетельству которых при наличии правотворчества определяющие общественные интересы, пропавшие должную силу, требуют действительную для одного конкретного случая, отличающуюся от выработкой в ходе правотворчества модели решения постоянного повторению и усилению в правовой практике формы²³.

То обстоятельство, что обусловленности и черты, характеризующие как правотворчество, так и правоприменение, как говорилось, возникает двойственно, указывает на последующую особенность относительно правоприменения и правотворчества. Источник этой особенности кроется в том, что обусловленности прямо и косвенно влияя на две анализируемые стороны основных общественно-правовых двигательных процессов, при посредничестве другой стороны могут иметь не только одно направление, не только могут усиливать, но и перекрещивая друг друга или сталкиваясь друг с другом ослабить или уничтожить друг друга. В отношении правотворчества это пересечение двусторонней обусловленности не создаёт принципиальной проблемы, поскольку внешняя, прямая общественная обусловленность надсерийка является тем, что должно первично, монополично осуществляться в критической ситуации; сторона косвенной обусловленности в такой момент возникает в качестве обратной связи. В отношении правоприменения же ситуация не такая простая, поскольку такая проблема может быть разрешена только чрезвычайно спорным по своему обратному, прак-

тическому воздействию способом, по крайней мере в форме компромисса. Если передающая правотворчеством обусловленность двигалась бы навстречу актуальной, прямой и конкретной обусловленности, если составная связанность правоприменения проливалась бы противоречивым способом, то тогда с точки зрения формальных требований решение является косвенным, с точки зрения требований по содержанию — приобрело бы форму путем удовлетворения и приоритета прямых обусловленностей, в действительности с полной силой возникла бы уже отличавшаяся дилемма скандинавского правового реализма, которая могла бы быть решена в зависимости от общественных факторов формы, скорее всего путем компромисса.

В заключении следует упомянуть также о возможности таких ситуаций и ролей, когда основная функция права проявляется лишь подчиненно, отнесенно на задний план или растворя-

вшись в других функциях и таким образом, естественно не возникает вопросов отношения между правотворчеством и правоприменением в своей натуральной форме. Такая ситуация возникает прежде всего тогда, когда по своему содержанию и целенаправленности политика выступает в качестве прямого средства относительно предметного выражения и применения права, несущего политичность, и таким образом не может служить разрешения конфликтов вообще или по крайней мере специфично правовым способом²⁴, или уже тогда, когда управление и организация общества в силу общей необходимости, хотя и обложенные в правовую кантину, выступают вместо особой функции по разрешению конфликтов таким образом, что это даже не предполагает наличие правовых дискуссий и направление их в определенное русло, поскольку использование правовой нормы мотивируется лишь или первично особым управленческим мышлением или трактовкой служебной роли или специфического интереса.

СПИСОК

- 1/ Kulcsár, Kálmán: A jogalkalmazás funkcionális elemzésének problémái /Проблемы функционального анализа правоприменения/. Állam- és Jogtudomány, 1969. 4. 605. p.
- 2/ Peschka, Vilmos: Célrészesség a munkafolyamatban és a jogi normában /Целесообразность в трудовом процессе и в правовой норме/. Állam- és Jogtudomány, 1968. 2. 216. p.
- 3/ Oeuver^{de}/Descartes. Trad. par V. Cousin. Vol. XI. Paris, 1826. 205-206. p. ^{Чуупер} Ferrelman, Chalm: Raisonnement juridique et logique juridique. Archives de Philosophie du Droit, vol. XI. Paris, Sirey, 1966. 2-3. p.
- 4/ Varga, Csaba: Leibniz és a jogi rendszereképítés kérdése /Лейбниц и вопрос образования правовой системы/. Jogtudományi Közöny, 1973. 11. 603-606. p.
- 5/ Ferrière, Claude de: La Jurisprudence du Code de Justinien conféré avec les ordonnances royales. Paris, 1684. 124. p.
- 6/ Meneghello, Bruno: Il formalismo nella interpretazione giuridica. Jus, 1964. 228. p.
- 7/ Сравни: Ferrelman, Chalm: Justice et raison. Bruxelles, Presses Universitaires, 1963. 252-255. p.
- 8/ Baumgarten, Izidor: A bíró /Судья/. Magyar Jogászegyleti Értekezések, III. Kötet. Bp. 1911. 15. p.
- 9/ Lévy-Bruhl, Henri: La sociologie du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 1961. 34. p.
- 10/ Ross, Alf: On Law and Justice. London, Stevens, 1958. 138. p.
- 11/ Szabó, Imre: Социалистическое право. Москва, Прогресс, 1964. стр. 282. Cado
- 12/ Szabó, стр. 288.
- 13/ Szabó, стр. 288.

- 14/ Peschka, Vilmos: Jogforrás és jogalkotás /Правовой источник и правотворчество/. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1965. 324-325. p.
- 15/ Peschka, 327. p.
- 16/ Cs. Varga, Csaba: A "Jogforrás és jogalkotás" problematikájához /К проблематике правового источника и правотворчества/. Jogtudományi Közöny, 1970. 9. 506. p.; Varga, Csaba: Rechtssetzung als Ob- und Unterbegriff des Problems der Philosophie /Jektivationsprozess. In: Filosofia Social. Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofia del Derecho y Filosofia Social, vol. IV. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1981. 97-101. p.
- 17/ Сравни: Kulcsár, Kálmán: A jog nevelő szerepe a szocialista társadalomban /Воспитательная роль права в социалистическом обществе/. Budapest, Közgazdasági és Jogt. Kiadó, 1961. 76-77. p. и Kulcsár, Kálmán: A szociológiai gondolkodás fejlődése /Развития социологического мышления/. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1966. 464. p.
- 18/ Сравни: Varga, Csaba: Law-Application and Theoretical Conception. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 1984. 1. 476-478. p.
- 19/ Szabó: Szocialista jogelmélet — népi demokratikus jog /Социалистическая правовая теория — народно-демократическое право/. Budapest, Közgazdasági és Jogt. Kiadó, 1967. 119. p.
- 20/ Cs. Varga, Csaba: Moderne Staatlichkeit und moderne Formen des Rechts. Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, 1984. 1-2. 238-241. p. и Varga, Csaba: The Place of Law in Lukács' World Concept. ^{Исследования} Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985. 5.4.3.
- 21/ По социалистическому развитию права см. Октябрьская революция 1917 года в России. В. И. Ленин о социалистическом государстве и праве. Москва,

Наука, 1969. 271-275. p.) и Венгерская Республика Советов 1919 года ^{от 1919 г.} Varga, Csaba: A Tanács-köztársaság jogrendszerének kialakulása /Образование правовой системы республики Советов/. Állam-és Jogtudomány, 1969. 2. 362-363. p. / - пример правоприменительной практики, основанной на чрезвычайно общих по содержанию нормам и принципах.

22/ В качестве примера из сферы социалистического права приведем хозяйственное третейское судопроизводство, которое с точки зрения теории является ничем иным, как "судопроизводством без правоприменения, соответственно, применением таких широких рамок права, в рамках которых действительное решение скорее всего зависит от хозяйственных, политико-экономических замышлов, как это было принято в ходе применения решения традиционной судебной организации". Kulcsár: A jogalkalmazás ..., 616. p.

23/ См. # обмен Peschka, II глава, п. 2., в отношении социалистического права особенно Wlodyka, Stanislaw: Prawotwórcza działalność Sadu Najwyższego. = Prace prawnicze: Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego CLX, zeszyt 31. Krakow, 1967. 158-187. p. és Knapp, Viktor: La création du droit par le juge dans les pays socialistes. = Ius Privatum Gentium: Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969. Band 1. Tübingen, Mohr, 1969. 67-84. p.; а более охватывающем социалистическом обзоре -

включая позиции, и наконец Ein-Р. Халфини и В.Т. Казилуцка flüsse des Wirkens des Rechts und Seiner gesellschaftlichen Wirksamkeit auf den sozialistischen Rechtsbildungsprozess. Materialien des IV. Berli-

ner Rechtstheoretischen Symposiums, hrsg. von Karl A. Molnau. Berlin, Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR, 1982.

24/ Например, значительная часть советского правосознания революции 1917 года, когда документы, используемые исключительно и непосредственно с политической целью и лишь политическим способом, опубликовывались, также в правовой форме; или см. практику различных буржуазных верховных судов по контролю за конституционностью законов, в которой решение конфликта наряду с чисто политической ролью зачастую служило только предлогом или принципиальной возможностью. Kulcsár, Kálmán in: В.И. Ленин о социалистическом государстве и праве, 264-271. p.

25/ Поворот к правовому регулированию, как заменителю реальных социальных мер. реформ и т.д. вследствие чрезмерной перегрузки права дает интересное учение о развитии, одновременно осущающ определяющее воздействие прежнего общественного наследия на социалистическое развитие - Kulcsár, Kálmán: Politics and Law-Making in Central-East Europe. In: Legal Theory and Comparative Law: Studies in Honour of Professor Imre Szabó. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1984. Varga, Csaba: Macrosociological Theories of Law - From the "Lawyer's World Concept to a Social Science Conception of Law. In: Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts. Berlin, Duncker und Humblot, 1986. /Rechtstheorie, Beiheft, Nr. 9./

Социальные революции, в ходе которых новый класс захватывает власть в свои руки с тем, чтобы изо дня в день в корне преобразовывать систему общественно-экономических отношений, в процессе реализации своих целей сталкиваются со множеством непредвиденных факторов. Идейно-практическая подготовка революции, т. е. теоретическая разработка основных черт революционной программы захвата власти, сама по себе еще недостаточна, так как на новую государственную власть, на конкретные формы и методы деятельности могут оказать влияние и неучтенные элементы. Окончательное решение или уточнение частных технических вопросов или возможных вариантов тактики в рамках революционной стратегии принимается только в момент революционного действия, непосредственно перед ним. Наряду с этим объективным обстоятельством трудно заранее учесть большие или меньшие субъективные ошибки, вытекающие из сложности государственного управления нового класса в новых условиях новыми методами. Кроме того, революция не может выполнить всю программу сразу, без временных, но тактически обоснованных уступок, без экспериментов относительно применяемых методов или решений, без вытекающих из них возможных ошибок и поражений переходного периода. Все это накладывает своеобразный отпечаток на процесс создания революционного пра-

³⁶ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 39, стр. 277.

ва: революционное правотворчество во многих отношениях отличается от процесса создания права в условиях стабилизированной, сформировавшейся системы, обладающей традициями и опытом. Это своеобразие проявляется в первую очередь в формах законодательства, в самой его технике.

Для революционного права свойственны прежде всего общий характер законов и других актов (они имеют форму декларации или воззвания); непосредственные, простые, ясные формулировки постановлений; относительно свободная структура законоположений, когда в одном акте объединяются принципиальные практические или политические мотивировки и законодательные постановления; агитационно-воопитательный характер, служащий средством революционной пропаганды; особенности структурно-языкового оформления законоположений. Естественно, мы не хотим утверждать, что эти свойства полностью характеризуют все революционное законодательство или только революционное законодательство; здесь речь идет лишь о том, что они образуют структурные особенности революционного законодательства, создающего новую систему права и качественно новые учреждения вместо старых, уничтоженных в ожесточенной борьбе.

■

Начальный период развития советского социалистического права отличается тем, что правовые акты большей частью ограничивались регулированием общественных отношений лишь в самом общем виде. В. И. Ленин решительно стремился к тому, чтобы постановления молодой Советской власти не изобиловали подробностями, не определяли конкретной формы или конкретного метода практического выполнения. Оглашая во второй день революции сформулированный проект одного из первых декретов — Декрета о земле, Ленин подчеркивал: «...мы не хотим детализации... Россия велика, и местные условия в ней различны»³⁷. Через 10 дней, в ходе обсуждения вопроса о закрытии буржуазных газет и введении монополии на частные объявления, он сказал, что хотел бы, чтобы этот акт

³⁷ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 35, стр. 27.

Советской власти осуществлялся применительно к условиям на местах, а не буквально³⁸. Требование такого общего характера актов центральной власти, естественно, одновременно влекло за собой обязанность каждого отдельного адресата творчески, «по-своему», но никак не нарушая сути принятых постановлений, применять самые различные формы, способствуя выбору наиболее подходящих способов действия, конкретизации решений. Общая форма, в которую облекались первые законодательные акты Советской России, обусловливалась верой авангарда революции в массы, верой в их творческие силы. В. И. Ленин именно это считал основой нового законодательства, хотя знал, что общий характер правовых норм может вызвать множество разнообразных нежелательных явлений, в частности привести к злоупотреблениям, даже создать возможность для их осуществления под предлогом выполнения норм права.

Следует заметить, что в отношении большинства законов не существовало альтернативы, потому что специфические условия революции в России — проведение ее на огромной территории, неодинаковые местные условия, недостаток времени и т. д. — делали объективно невозможными конкретные указания для приведения в исполнение постановлений и распоряжений. Во многих случаях подобная ситуация сохранилась и через несколько лет после завоевания власти. Например, в декабре 1919 г. в связи с одним положением закона о социалистическом землеустройстве В. И. Ленин констатировал: «Выразиться как-либо иначе в законе, дать в нем какие-либо практические указания мы не могли. Нам надо было установить общие положения и рассчитывать на то, что сознательные товарищи на местах будут добросовестно применять этот закон...»³⁹

Концепция В. И. Ленина об уровне законодательства, уровне правового регулирования в ранний период победы революции сформировалась под влиянием анализа условий революционных преобразований и поисков оптимального способа правового регулирования на то время. Ленин действовал в этом вопросе как руководитель революции, он не возводил свою

³⁸ Там же, стр. 54—55.

³⁹ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 39, стр. 378.

концепцию в абсолюте, не распространял ее ни на дальнейшие этапы развития советского права, ни вообще на развитие социалистического права. Однако эти ленинские идеи дают основание для общего вывода: принятый сегодня в социалистических странах уровень правового регулирования не может безоговорочно выступать в качестве единого принципа. Уровень правового регулирования в странах, ставших на путь революционного преобразования, зависит от предварительно накопленного опыта (практики создания и применения правовых норм) и определенной стабилизации общественно-экономических условий.

В любом законодательстве в большей или меньшей степени есть элемент неопределенности, так как реализация законов обусловлена социальной действительностью: она может быть успешной только тогда и постольку, когда и поскольку гипотеза или теоретическая модель, положенная в основу законодательства, будет соответствовать реальной тенденции развития социальной действительности, и, с другой стороны, эта гипотеза или модель получит наиболее целесообразное выражение посредством соответствующей правовой техники и формы. Эти два положения учтены в работах В. И. Ленина и объясняют, чем было обосновано стремление В. И. Ленина к законодательству, содержащему только правовое регулирование в принципе, без детализации. В Советской России в революционный переходный период отсутствие стабильности общественных условий, недостаток непосредственного опыта государственного строительства, как правило, большое разнообразие местных особенностей, временное значение большинства новых законов, необходимость проведения экспериментов — все это обуславливало то, что в революционный переходный период форма регулирования, имеющая в высшей степени общий характер, определяющая лишь главное, принципиальное, была оптимальным, наилучшим образом предостерегающим от ошибок решением. Это было решение, возлагающее выбор наиболее рациональных способов действия на непосредственных исполнителей.

Отсюда можно сделать вывод, что ленинская концепция законодательства, носящая лишь принципиальный характер, ограничивалась только переходным периодом, так как большая часть правового материала того времени была направ-

лена на выбор целесообразных форм исполнения; одновременно она основывалась на требовании все в большей степени опираться на результаты опыта, на его убеждающую силу, на уровень политического развития населения и технические приемы, приобретенные в ходе исполнения.

Так, в марте 1919 г. в связи с регулированием отношений с крестьянством В. И. Ленин говорил, что «задача декрета состоит в том, чтобы научить практическим шагам те сотни, тысячи и миллионы людей, которые прислушиваются к голосу Советской власти... Если мы так будем смотреть, тогда из суммы наших законов, декретов и постановлений мы вынесем чрезвычайно много»⁴⁰.

Другая характерная черта советского революционного законодательства касается формы в более узком смысле: структуры и стиля законоположений. Простой, без всякой искусственности стиль правовых актов, гибкая структура, формулировки, способствующие выполнению агитационно-воспитательной задачи, находятся в органической связи с характером регулирования в общей форме.

Эти черты в основном определялись одними и теми же специфическими условиями революционной борьбы. Необходимо заметить, что в формировании этих особенностей законодательства сыграло роль то, что в первоначальный период законодательство являлось одним из наиболее значительных средств пропаганды. Революционные правовые акты апеллировали к убежденности революционных классов, их адресатами были народные массы, их основная цель вначале заключалась не в регулировании, взятом в узком смысле, а в призыве к революционному действию. В соответствии с требованиями революционного переходного периода на передний план в значительной степени выдвинулась агитационно-воспитательная сторона права и сделала необходимым применение корреспондирующих ей форм.

Однако, как уже упоминалось, стремление советского законодательства регулировать общественные отношения лишь в общих чертах было обусловлено спецификой, которая имела решающее значение: это — величина территории страны, за-

⁴⁰ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 38, стр. 199.

тронутая революционными преобразованиями, и разнообразие местных условий. Что же касается других аспектов революционного правового материала, то очевидно, что его структурная и языковая характеристики могут быть применимы не только для революционного законодательства, но и для законодательства общества, находящегося в стабильном состоянии, т. е. эти характерные особенности могут выдвигаться на передний план всякий раз, когда потребуются подчеркнуть при помощи формы законоположений агитационно-воспитательную функцию права.

Среди указанных Лениным формальных требований, предъявляемых к революционному законодательству, на первом месте стоят общедоступная, открытая и откровенная мотивировка содержания постановлений, воззваний, единство, простота и ясность терминологии и т. д. Задача вскрыть причины и цели издания постановлений предполагала более свободную структуру законоположений, до известной степени допускала в постановлениях политические оценки и другого рода определения, использование преамбулы, связанной с законодательством. Например, в проекте декрета о роспуске Учредительного собрания перед очень сжатым решением: «Учредительное собрание распускается»⁴¹ — помещено несколько десятков строк, посвященных политическим оценкам и мотивировке; во многих случаях В. И. Ленин сам давал указание о том, что декрету необходимо «предпослать популярное объяснение»⁴² принимаемых мер или что в нем необходимо «сильнее подчеркнуть основную мысль»⁴³.

Революция неизбежно опирается на сознание, убежденность и энтузиазм революционных сил. Искренние отношения между руководителями и руководимыми массами — одно из основных условий поддержания революционного подъема и успеха революции. На другой день после свершения Октябрьской революции Ленин подчеркнул эту мысль, воплотившуюся в его концепции в отношении как содержания преамбулы к законоположениям, так и формулировки постановлений.

⁴¹ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 35, стр. 237.

⁴² В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 37, стр. 32.

⁴³ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 36, стр. 316.

Развитие права предполагает его технизацию: вместе с технической разработкой правовой системы выкристаллизовываются и приумножаются специфические правовые понятия. Для создания в самой системе когерентности, единства выражений, исключения противоречивости формируется специфический язык права, который, хотя и находится в тесной связи с повседневным языком, не отрывается от него, но и не полностью идентичен ему.

Юрист в процессе формулирования законоположений сталкивается в сущности с двумя до известной степени полярными требованиями: с требованием общедоступности правового языка и с требованием терминологической чистоты и технической разработанности его. При создании любого правового текста неизбежен компромисс между ними. Направление и уровень компромисса как лучшего решения изменяются в зависимости от социальных условий. В ходе радикальных, революционных преобразований неизбежно превалируют популярный характер языка постановлений, доступные агитационные формулировки. Это обстоятельство само по себе не означает ослабления правового регулирования; оно лишь сопутствует смене одного типа права другим. Только в этой связи становится понятным, что в интересах общедоступности временное оттеснение на задний план технической отработанности в революционном законодательстве оценивалось В. И. Лениным положительно.

Много раз в связи с различного рода актами: первыми декретами, Конституцией РСФСР — Ленин замечал, что с точки зрения формы, техники они очень несовершенны. Но как политик он видел основную задачу революции в завоевании и удержании власти, в том числе и законодательной власти, и требовал быстрого опубликования актов, которые образовывали основу нового порядка, стабилизировали и охватывали как можно более широкую сферу общественных отношений.

Через 10 дней после свершения революции Ленин заявил. «Пусть с точки зрения буржуазного общества эти законы страдают формальными недочетами, но ведь власть в руках Советов, которые могут внести необходимые коррективы»⁴⁴.

⁴⁴ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 35, стр. 56.

Однако универсальное требование создать популярные формы правовых актов, особая их роль в начальный период после революции отнюдь не означали, что считаются допустимыми неточности, небрежное редактирование. Уже в этот период В. И. Ленин неоднократно указывал на необходимость четкости законоположений; одновременно он сознавал, что с окончанием переходного периода, со стабилизацией общественных отношений нового типа неизбежно станет необходимой профессиональная разработка технической стороны законодательства.

Выдвижение на первый план этого нового требования начинается в 20-х годах и получает полное выражение в 1922 г., когда Ленин, с одной стороны, все чаще поднимает вопрос о недостаточном постоянстве и единстве значительно возросшего правового материала и, с другой стороны, все больше обращает внимания на анализ опыта, накопившегося в процессе исполнения изданных законоположений, на осуществление регулирования, основанного на этом опыте, на единую законность, на контроль за исполнением, т. е. на эффективность исполнения постановлений.

В. И. Ленин с первых лет революции придавал большое значение подготовке законоположений, например во многих случаях поручал разработку программы мероприятий нескольким органам, чтобы выбрать из них самую лучшую и наиболее практичную.

В 20-е годы Ленин рассматривает законодательство уже не со стороны только политической тактики, но и права, его технической отработанности. Это были годы, когда Ленин говорил о необходимости созыва ВЦИК на более длительные сессии «для разработки основных вопросов законодательства»⁴⁵, когда он указывал, что ВЦИК должен более тщательно обсуждать проекты законов, что не следует спешить вносить не очень срочные законопроекты и что нужно предъявлять больше требований к составителям законов, чего до сих пор не делалось⁴⁶.

В. И. Ленин говорил и о том, что в процессе подготовки

⁴⁵ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 45, стр. 61.

⁴⁶ Там же, стр. 115.

кодексов необходимо изучать юридическую литературу и практику в странах Западной Европы, чтобы взять оттуда все, что служит защите трудящихся⁴⁷.

■

Заложенные основы права нового типа, начальная разработка принципов советского социалистического права сами по себе еще не могут рассматриваться как создание системы законодательства в узком смысле. В. И. Ленин своими практическими указаниями способствовал тому, чтобы из массы положений общего характера, часто имеющих временное значение и технически мало разработанных, выкристаллизовывалась связанная, единая, по возможности свободная от противоречий и логически однозначная система в тот период, когда социализм уже достиг относительной стабильности. Ленинское понимание этих вопросов доказывает, что уровень правового регулирования, техническая разработанность и параллельно с этим создание логически удовлетворительной системы не может происходить априори и при любых обстоятельствах, а зависит от объективных условий, относительной устойчивости общественных отношений и от предварительного опыта.

С утверждением социалистического общественного строя в методе достижения популярности изложения законов тоже произошли изменения. Однако непосредственность и простота правовых актов остаются универсальной чертой социалистического законодательства. Она обусловлена тем, что социалистическое право в силу своей классовой сущности объективно приспособлено для реального выполнения воспитательных функций. Эта отличительная особенность права социалистического типа одновременно предъявляет специфические требования к социалистическому законодательству и применению правовых норм. В области законодательства необходимо, в частности, чтобы тексты правовых актов составлялись в форме, находящейся в строгой зависимости от конкретного этапа формирования системы законодательства. С другой стороны, социалистическое законодательство должно способствовать

⁴⁷ В. И. Ленин. Полное собрание сочинений, т. 44, стр. 412.

преодолению отчужденности населения от права, наблюдающейся в эксплуататорских обществах. Высокая юридико-техническая отработанность права до известной степени может сохранить или даже усилить эту отчужденность, доступность же языка права может в значительной степени или полностью нейтрализовать эту опасность.

Ленинские указания по методике составления правовых актов служат и современному социалистическому законодательству. Это выражается в том, что социалистическое законодательство часто использует политические введения к нормативным актам, применяет научно разработанные способы составления законоположений, стремится к популярным, понятным формулировкам, мотивировка издания актов публикуется в официальной прессе и т. д. Ленинская традиция поисков оптимальных путей и способов развития социалистического права действует и в наши дни.

Резюме

Революция означает чрезвычайно динамический период общественного развития, насыщенный многоэлементом неопределенности, поэтому революционное правотворчество содержит ряд специфических черт, проявляющихся в самой технике правотворчества.

Начальный период развития советского права прежде всего характеризуется принципиальной декларативной формой правовых актов, сильной всеобщностью по содержанию распоряжений. В кругу ленинских идей это проявляется в форме революционной программы, примененной к конкретным условиям, ибо в условиях революционного перехода, в связи с разнообразием местных особенностей, отсутствием стабильности общественных условий и временным характером нового правотворчества оптимальным разрешением, заключающим в себе наименьшие возможности ошибок оказалось принципиальное регулирование, при котором непосредственные формы практического осуществления не определяются, а выбор наиболее подходящих методов зависит от целеустремленности революционных сил. Таким образом, они были направлены на созревание опытов по исполнению и послужили основой для последующего единого частного регулирования. Второй основной характерной чертой революционного правотворчества являлся более простой язык, более произвольное построение правовых актов, формулировка их с учетом выполнения агитационно-воспитательной роли. В результате этого позитивные распоряжения смешивались с политической оценкой, часто возникали формы преамбул, в сложении которого сыграл роль и тот факт, что правотворчество представляло собой один из средств политической пропаганды. Разрешение, направленное на вызов этого политического воздействия предполагало временное отнесение на задний план разработки правовой системы и ее технической стороны; в то время Ленин это считал необходимым. Этапом стабилизации положение изменилось. В соответствии с требованиями по консолидации правового регулирования и увеличению его эффективности Ленин тогда уже подчеркивал, с одной стороны, идею единства, осуществляемого срочным укреплением центрального правотворчества и осуществлением центрального контроля за исполнением и законностью, а с другой стороны, он рассматривал правотворчество не только со стороны политической тактики, но уделял особое внимание специфически юридической стороне его технической разработки. Это новое требование означало компромисс нового типа между противоречивым требованием доступности формулировки и технической разработанностью, т. е. чтобы правотворчество, находящееся и с точки зрения техники на высоком уровне, воспроизвело существующую популярную форму путем преобразования прежних систем на уровне когерентного сформирования системы.

1. Кодификация в европейских и азиатских странах народной демократии

Народно-демократическая революция, социалистическое преобразование повсюду произошли в сопровождении рождения и усиления кодификационных стремлений. "Прово народной демократии в силу необходимости должно быть писаным, кодифицированным правом, чтобы выполнять задачи, предстоящие ему в системе диктатуры пролетариата."¹ Хотя такое аподиктическое формирование надобности в кодификации родилось в исторически ограниченных условиях, все-таки оно означало общую тенденцию. В нем выражается такая общая закономерность, которая появлялась во всех социалистических революциях, при всяких условиях, хотя ее конкретному появлению способствовали различные, специфические факторы.

Прежде всего интересно, что кодификация Советской России² уже и в своих первых появлениях имела влияние. Она существовала в такой стране, где попытки диктатуры пролетариата, перешедшей первые месяцы своего существования, к построению правовой системы аппараты были сформулированы в кодификационной форме.³ И действовала она в такой стране, где стихийно выдвигавшееся народно-демократическое преобразование, приводящее к социалистическим результатам только постепенно, могло добиться институционализации права (в смысле континентального) и его введения в писаной форме лишь при посредничестве средств кодексов, реципируя советско-русский пример.⁴

Различия условий очевидны. В первом случае пример революционного предшествования скорее выражается в содворительности первой успешной попытки ира создать систему социалистического права, чем в превращении в виде кодекса. Однако такая двойная возможность эффекта ревертирования нового содержания в — адекватным выражением — появления формы кодекса послужила толчком к тому, чтобы явились в форме кодификации были одолены попытки к революцион-попуризации системы права, которая уже не могла полагаться кодификационными традициями в которая — вследствие незадолго буржуазной революции — является неуверенной в отношении кодификации. Советская империя, возросшая в своем революционном значении, и отечественные традиции, гармонизирующая с первой (на всякий случай, в технической отношении),

тоими образом оказавшись достаточными и тому, чтобы Вострия уже в 1919 году создало — правда, в виде попытки — самостоятельную форму социалистического типа кодификации, а в области регулирования процессуального права — ее новую форму.

Во втором не следует рожь идет о том, что в такой стране, право которой до тех пор представляло собой в основном обычное право кочевых племен, где систематизированные труды и положительное правопротворчество известны лишь из рукописных источников, почтазупавших большей частью в тумане прошлого,⁵ вследствие овеи полной отсталости она не располагала такими основными достижениями цивилизации, которые уже были разработаны древним развитием Ближнего Востока и которые уже и в Европе больше тысячелетия считались окончательно усвоенными институтами,⁶ значит в такой стране кодификация должна способствовать выполнению многократно отсталой исторической задачи. Таким образом кодификация такой страны была много-сложной относительно ее социальной роли. Она способ-отвояла тому, чтобы заменив партикулярное обычное право отсталого общества превратить право в писаное-закрепленное, единое, а постоянно-создающееся; в то же время она сорвала их с традиционных носителей, сделала их гуманными и — порождаясь с предшествен-выбор народной революции — придала им социалистическую форму. Значит она возникла исторически достижением скопления друг на друг европейского приращивания формы (в переносном смысле) и превращения в социалистическое содержание (в конкретном смысле). Таким образом практика советской социалистической революции и кодификационное суверенизм ее опыта — как в их революционном содержании, так и в "сюрре-но-техническом осуществлении — стали непосредственно реформы права в Монголии. Это такой пример, который посредничал не только зрелый опыт первой успешной социалистической революции, но — синтезируясь в этом и превращаясь в новое качество — в традиционную в Европе формульную организацию права.⁷

Практика народно-демократических государств, родившихся после второй мировой войны в результате освободительных операций советской армии, продолжила усиливать очевидность того, что преобразование права, соответствующее социалистической революции — по-прежнему преобразование, осуществляется также при посредничестве кодификационной формы, сводясь к ней конечной целью. Как это было сформулировано народной переходного периода, считанной народной всеобщего действия, "старые законы, быть налог, из короткое,переходное время могут остаться в действии, но на всякий

случай должно начинаться создание народно-демократической правовой системы, социалистических законов.⁸ То-есть в отношении основной тенденции ориентированность новых народно-демократических государств к кодификации германовизовала о кодификационной пратикой социалистической революции, проводимой в Советском Союзе. В то же время разновременность политической революции в кодификационной оформились построения новой правовой системы свидетельствует о значительном развитии, вытекающем из исторических условий, о том, что в новых странах народной демократии правовое закрепление революционных достижений в форме кодификации уже не было так быстрой, повысили и по всемо непосредственно общественно-политического значения, как десятилетиями раньше в Советском Союзе.

Рядом причин объясняется тот факт, что в большинстве народно-демократических государств уже в первые моменты своей революции приняли программу кодификации, но реализовали ее не исключительно, только после завершения полного общественно-экономического восстановления. Среди этих причин можно сослаться на ту наиболее общую причину, что данные государства большей частью уже располагали такой системой кодификации, воспроизвели достижения всеподлого буржуазного преобразования, такой технической отточенной правовой системой, которую они отчасти и временно, ограниченно в подчинили директивам нового порядка, вводит в форму уничтожения и сохранения, но они могли использовать. Но можно сослаться и на то, что социалистическое преобразование этих государств произошло по тем причинам, без всякого перехода, как в Советской России, в Венгерской Советской Республике, или же в Монгольской Народной Республике. Правда, учитывая исторические предпосылки, в известном смысле они тоже являлись продуктами кризиса, все-таки подготовка социалистической революции, провозглашение диктатуры пролетариата осуществлялось путем выборов, постепенного преобразования внутриполитической жизни, и не вооруженным восстанием, и это сшивалось и не методы и процессы преобразования, возобладала права и, в конечном счете, позволило более тщательно и серьезно подготовительные работы в кодификационном суммировании качественного преобразования права.

Значит зная в виду крайнего полноты социалистических революций, проводивших в народно-демократических государствах, контраст пройденного пути чрезвычайно велик, главным образом вследствие формирования этих государств во время второй мировой войны. В то

же время определения общественно-политических пратичности этого широкого исторического периода означало такую задачу, которая сделала бы формально пратичными само развитие права. Соответственно этому, использовались старого права в отдельных случаях продолжались и не создавался такой юридической науки, в котором умозрительные курсы могли бы функционировать лишь революционное правосознание, которое - в питересах формального урегулирования - обязательно требовало бы кодификации.⁹

Судя по всему, страны народной демократии поставили перед собой определенную программу кодификации, необходимость и протяжение во времени которой они предполагали это, в частности, пришло к своеобразному переходному плану кодификации, который в своей концепции и толщине выполняет Декреты ^{Советской власти} 00 116-го должном законодательстве 1919 г. Ведь в ходе социалистического преобразования, реализованного в построй диктатуры пролетариата, рождался элементно содержание кодификации уголовного, семейного, процессуального и трудового права в высокой степени выкристаллизовывалось. Однако направление и способ регулирования других отраслей права (особенно гражданского права) остались пока неопределенными о соответствующей точности, и это вынуждало - изнутри ограниченного пратичности судебного развития права - необходимость контрольной формы решения исходу кодификацией и монодификацией.¹⁰

В конечном счете такая провинциальная кодификация осуществлялась только в исключительных случаях.¹¹ В процессе кодификации только в такой степени позволили порождимость, что в некоторых уголовных кодексах обща часть, или же в некоторых семейных или гражданских кодексах отдельные главы или части поставили вперед в кодифицировали их самостоятельно.¹² Тем самым образом в годы переворота стало возмозможным (в первую очередь на тех областях права, которые уже созрели для закрепления в форме кодексов) осуществить охватную кодификацию в таком образом отношении нового, социалистического порядка в отношении права так выразить в консолидированной форме, в ряде кодексов. В некоторых странах это настолько продвинулось вперед, что в одном случае в течение года¹³, а на другом месте и чаще только за десять лет, по созданию полную кодификацию, как оригинальное социалистическое творчество.¹⁴

Требование и толщину охватной кодификации социалистического права представляется недоуменным. Все-таки ошибочно было бы думать о пратичности социалистической кодификации, как об однородной.

Прежде всего бросается в глаза, что в Европе, и особенно среди государств, известных динамизмом их экономическим развитием, есть еще такое, за которыми по сей день осталось еще издание своего социалистического гражданского кодекса. Среди них есть такое, которое в формировании своего внутреннего облика проявляет большую подлинность, даже три раза уже преобразовало свою социалистическую конституцию, но именно этот повышенный динамизм и отсутствие соответствующей устойчивости в экспериментирующем обновлении представляют один из препятствий кодификации своих гражданских отношений.¹⁵ В других же государствах классические национальные традиции кодификации оказываются такими достойны продолжения достижением и тем самым такими необходимыми препятствием, которые являются до сих пор влияющей преградой силы социалистической кодификации. И, конечно, должны понимать, что здесь речь идет не об ограничении принципиальной необходимости обновления социалистической гражданско-правовой кодификации, а о способах практического осуществления данного обновления, о фазовом движении в осуществлении, о возможном исполнении роли своего кодификационного прошлого. В этом отношении становится интересным, что создание вполне нового гражданского кодекса дало до сих пор эффект решительно в тех социалистических странах, которые не своего прошлого не наследовали такого, как буржуазную традицию.¹⁶ А в тех государствах, которые в своем полусоциальном, буржуазном прошлом эту задачу выполняли уже раз в виде излучения классической буржуазной кодификации и в первый период отторгательства социализма это оказало — после соответствующих преобразований — применим, даже в отношениях граждан между собой, в сущности, это применяется и в наши дни.¹⁷

Уже и упомянутый нами выше пример сделал наглядной многоцветность в основной однородности социалистической кодификации, и влияющую, разделяющую роль традиций прошлого, которая во многих отношениях и поныне заметна. Но действительную общественную связанность социалистической кодификации и, в рамках этого, проявление отличного характера наследственных условий следует помнить, в первую очередь, в социальных компонентах роли, выполненной средствами кодификации. И здесь более глубокий анализ может обратить внимание на специфически индивидуальные определители.

Во-первых, в отдельных странах социалистическая кодификация проявлялась не только как носитель обновления социалистического права, но она могла

присоединиться и ролью завершения опоздавших и отставших буржуазных заедов. Походя из своеобразного опоздавшего и половинчатого характера буржуазного преобразования Восточной Европы, она, по необходимости, должна была взяться за эту прибавочную роль. Это обстоятельство представляло двукратную силу социалистической кодификации указанных стран, осуществляющую специфически моментом, с одной стороны, и ее повышенное значение, с другой стороны. Таким образом могло создаваться такое положение, что одновременно с социалистическим возобновлением содержания права и одними в тем же актах социалистическая кодификация выполняла многовековую мечту кодификация буржуазного права, заиску обычно-превозных правил о феодальных корнях буржуазных отношений, т.е. меренное, истинное преобразование характера системы источников права.¹⁸ И таким образом могло получиться то, что опять-таки социалистическая кодификация выполняла ликвидацию последствий территориальной раздробленности эпохи феодализма, выразившихся в партикулярности права.¹⁹

Сопоставляя с западно-европейским развитием, эти деформации в развитии и те прибавочные функции, за которые социалистическая кодификация была вынуждена взяться, уже намекает об известии внахронизме. Однако неисключимое рождение конституции кодификации и необходимое дополнение ее (как попачен, вышедшей одно средство, но различное действие) для полной перестройки развития право можно наблюдать, главным образом, в проблематике азиатской (или похожей) по некоторым ваякам) социалистической кодификации. Эта проблематика охватывается своеобразно обособленной потоку, что подобно другим великим случаям трагиппации права²⁰, то, что произошло в Иоготии в 1920-х годах, а в других азиатских или европейских социалистических государствах — после второй мировой войны, в ходе их социалистического преобразования — таким весом поставило не первый план понимания общественного урегулирования средствами права, возникнов в ставное традиционным первый раз в Европе, его институционные рамки, структурный и понятийный аспект, основу и технику, что это произошло вполне уязвляясь с социалистическим преобразованием общественных отношений, но — как историческая задача — все-таки опережая с ним. Однако коренно преобразовывая общественно-экономический облик этих стран, в облике социалистической кодификации не только социалистическое право как право определенной классовой сущности определенного типа и развития институционализировалось в данных условиях. Социалистическое

право было основано не как поршительное зеркало данного общественного устройства; в его основе первый раз встретился о право, как токмы, в европейской мысли, как о сестерной совокупности вернее созданных, закрепленных образцов поведения, применяемых критерием решения в организации общества и в разрешении споров. В таком случае социалистическая кодификация основанно носила двойной облик: прежде всего она представляла развитие содержания самого права, но породившая адекватную форму этого, она посредничала определенной возможности, тип предпочтительной формы.

Одновременно с социалистическим общественным преобразованием таким образом европеизировалось право германской европейской страны, которая до тех пор знала устные традиции, хранящие память легендарных личностей ородних веков, и примитивно и вполне изолированные друг от друга обычные права, сформировавшиеся в поведеньной жизни горных племен.²¹ Так пришла социалистическая кодификация полное возникновение и в отношении понимания права в тех дальневосточных странах, многотысячелетнее писанное развитие которых создало такое право, которое столь отличается от европейского права в своей общественной функции, близки в богатстве формы, что это не согласуется с нашей правовой ни в его этнологическом основанно значении; - "высшего права это скорее служит подавлению права" - так это выразилось в классической точкой каландуре.²² Там, где такое своеобразное развитие вкоренилось как отечественное²³, но и там, где это появилось исключительно стремлением бывших империал²⁴, вместо о предыдущих буржуазных попытках социалистическая кодификация сызла большую роль в преобразовании развития институтов и компетенций права, в принятии права, как положительного ородствообщественного устройства, орудия общественного интересом германизирова о защитный (или уважительный) подвижимым интересам и, в интересах этого, обеспечения оубъективные правосознания. Таким образом одновременно с передачей социалистического содержания можно было взяться и за много качество задач, за коренное изменение правовой формы. И таким образом, хотя они инструментально (о целью обеспечения адекватной формы) подчинены посредничеству социалистического содержания, все-таки они проходили параллельно и этим, даже - оказывались победителями - они конкурировали с ним, как об этом свидетельствуют некоторые моменты последующего развития. Значит, существуя оказанные нами до сих пор, можно установить, что народно-демократическое госу-

дарство, родившееся после второй мировой войны, подготовило программу кодификации одного из компонентов социалистического преобразования, орудием знания права. Требования оозданы кодексом имели двойную корень в ходе этих преобразований. С одной стороны кодексом явилось то, что было предоставлено неадекватной формой писаного права, наиболее адекватной формой проявления содержаний социалистического права, с другой же стороны во многих государствах кодификация оудила необходима, сами подпадали оредством решения задач, неозаконоченных предшествующим буржуазными системами, даже с оодельными абсолютными. Дошло, прямо выдвинуло двойственность охарактеризовало порою не только то кодексы, которые были созданы в первый период социалистического преобразования. Причиной к фазовому сдвигу кодификации по сравнению с общественным развитием в отдельных случаях послужила оложность задач, возлагавшихся на кодификацию, а также оточение различного качества задач, решаемых кодификацией. Ведь при таких условиях, когда социалистическая кодификация должна была взытсь за задачу определенности системы правовых источников о точки зрения козупного и обычного права; за объединение национального права; за институционализацию правовой жизни, основывающейся на централизованности, принудительном госсправе; или не оа адекватно право, как закрепленной системы норм, обеспечения оубъективные правосознание и осуществление, вызвал при таких условиях социалистическая кодификация должна была сделать большой шаг, чем буржуазная кодификация олодела.

В то же время в таком оложном социально-правовом процессе, какпы явление кодификация, очевидно, что в случае встречи функций, имеющих столь различное качество, они могут и укрепить, но и оослабить друг друга; но они могут совершить и путь, где они становятся независимыми друг от друга. Однако изучение этого, как это не удивительно, затруднено тем, что непы знания о данных странах отидь не богаты. И, отчасти, из-за этого, отчасти из чрезмерно многогранных внешне- и внутрисоциалистических компонентов, агрожих роль в данном процессе, ни общий курс развития этих стран, ни исторически общий характер специфических факторов, играющих роль в развитии права, ни перспективы их осуществления пока не могут казаться выясненными. Поэтому мы можем ограничиться лишь регистрацией огромной глубины настоящего. Тем, что после 1957 года, в омын о политической борьбы оакция, в Китае отступили от такого развития и осуществления права, которое характерно для коно-

лидированных условий; отступили от кодификационных работ, имеющих своей целью закрепление права в конституционно-законодательной форме права, превращенной в систему; воспринимали такую, чтобы существование кодексов, хотя с точки зрения содержания или ее лишь формально, выполняли роль, доминирующую над практикой правосудия. Хотя от имени социалистического революционного движения, но рассматривая его как перманентный, в Китае вернулось к некоторым элементам китайских традиций, которые раньше собирались занести, в частности к практике, которая отрицала, отбрасывала закрепленное, формализованное право.²⁵

В наиболее общей форме подходе к проблеме такие отступления в области кодификации, надо сказать, что — судя по впечатлению собранному до сих пор опыту — в период консолидации социалистическим развитием неизбежно сопровождается создание его правовой системы в кодифицированной форме, т.е. кодификация права закономерно является средой политической, социальной и экономической консолидации, ее средой и тем самым ее выражением. К этому основному правилу, как общему закону, прибавляется в виде исключения те кодексы, которые были взданы в первый период революционного преобразования в правовую систему требований (в интересах поднятия революционного разрыва), которые большей частью были призваны к воплощению правового вакуума, вызванного революцией, к своду мор, имеющих непосредственно революционное значение (институционально-разрушающих традиционных брех, социалистическое трудовое правоотношения, и т.д.), или не писано в отношении использования кодификационных достижений прошлого. С другой стороны, к этому прибавляется, как исключение, такие тенденции политического развития, которые — добившись относительного уровня консолидирования — отменяют эти достиженья и естественно, что последствия этой перомены появляются и в отделе их в кодификация.²⁶ Но вполне общее осуществление курса развития, отмеченного основным правилом, усиливается тем, что государство, которое среди стран социалистического лагеря впоследствии вступило на путь социалистического развития, приступило к охватной кодификации своей правовой системы в смысле это внешне о описанном революционного периода, с необходимостью создания консолидированной системы права.²⁷

Тот факт, что одновременно с политической и общественно-экономической консолидацией социалистического государства стрелы к превращению их права в кодифицированную систему, и достижениям как

можно полное кодификация, значит это объясняется другим (более общим) фактом, принятым требованием социалистической законности, как общего требования, определенного социалистическую правовую жизнь в целом. Выдающиеся требования законности по периоду план и необходимость его обеспечения, измешного и формальными критериями, поступили главной причиной тому, что создание кодификация как одно из предосторожностей институционализации этого, выполняющейся в плоскости правосудности, — как это ясно выражается в писанном законах Ленина и потом, правды этому опыту обща форму, в учета с социалистической кодификации.

2. Роль права как типовой знак социалистической кодификации

Требование социалистической законности не стало раз навсегда законченным в выполненном том, что (оставаясь опять в плоскости правосудности) было созданы основные кодексы права и обеспечена была возможность для интеграции систем отраслей права в действительную систему права. Законность предполагает не только существование специфического состояния, но в его сохранение в всем процессе движения развития права в обществе. Но этого недостаточно, что социалистическая кодификация авансом возникла с перспективой рекодификации, принципиально признавая необходимость и возможность ее будущей замены. По сравнению с идеал классического кодекса буржуазного общества, которая — со своим рационалистическим, эмпирическим прошлым, со своим идеологическим фоном, имевшим целью осуществление господства естественного права, — восприняла право с требованием вечного существования, однако под отрезыванием в обозначении влияния дальнейшего развития она вышла из своей прошлой роли, чтобы потом скоро ввести в другую крайность — из роли воплощения права в роль простого обозначения исторических столбов права, социалистическая кодификация не обладала прошлым логического сознания, требующим подобного укрепления увековечения. Даже ее формирование произошло именно в обратном направлении. Ибо теоретическую основу социалистической революции составлял — как известно — писано научный анализ процессов изменения общества и раскрытие действительных двигателей общественного движения. И в этом опыт буржуазных революций появился, естественно, в своей исторической связности, сводя их и действительным революционными и являя их являющей с ядра логического сознания.

Социалистическая кодификация, таким образом, ни в одном из периодов ее развития, ни в одном из

осе продуктов не строилось и увлечение самою себе. Она притязала на прочный, но не укреплявший охват прозе. И наряду с практическим применением специфической техники регулятивной, концентрирующей на захват типичного²⁸ (и обеспечивающей диалектический переход от сложности к открытости, соответствующий требованиям общественного развития²⁹), это было подкреплено и простым историческим обстоятельством, что первые продукты социалистической кодификации возникли переходными характерами, в виде провозвешенных закреплений.

Уже мы видели, что в Советском Союзе первые кодексы насильного периода Октябрьской социалистической революции представляли собой продукты непосредственной революционного характера и значения; они были созданы авансом с исторически ограниченной целью стоять на службе резервированию революции и вообще от контрреволюционных стремлений. Подобным образом служила революционному переходу обновлявшаяся в 1920-е годы кодификация Монголии, равно как и те отдельные кодексы различных европейских стран, которые возникли в ходе осуществления их народно-демократических революций, с принципиально переходным требованием. Для того, чтобы социалистическая кодификация появилась перед нами как кодификация, которая уже в своей зародышевой форме стремилась к применению связи себя и взяла репродукцию, о перспективности необходимости которой она заранее считалась, следует упомянуть о повторно ставших рекодификационных стремлениях сталинского периода до и после принятия Конституции 1936 года в СССР.

Тем знаком, который в качестве привлекательной характерной черты социалистической кодификации порой стал знаком создания типов в истории кодификации, является рекодификация как заранее запланированное требование и ставшая притягивающей возможностью превосходства самой себя, посмелого возобновления и, этим, в обоих направлениях возможно полного, первоначально возмездного осуществления снятия (одновременного уничтожения и сохранения). Правда, голое, фактическое явление принуждения рекодификации было известно уже в предыдущих системах. В виде неадекватного значения погрешности процессов репродукции и кодификации оно встречалось в развитии права как античного мира, так в средневековом и нового времени. Более того, в связи с англо-американской высадкой идеи европейской кодификации нужно было обрести вышешее и на особенно большую статистическую частоту принуждения рекодификации, которое, парадоксально, — переступая данный количественный порог —, стало

этикеткой другого специфического качества, явленным дискредитацией эволюционного кодификационного дашения, следовательно его субоптимизации.

Нужно, однако, высказать, что принуждение рекодификации, о котором говорится на основе опыта прошлого, отнять не таковственно рекодификация, которая рассматривается нами как этап создания типов, характеризующийся неслучайностью социалистической кодификации. Это не то, чтобы необходимость рекодификации совсем не возникла в неадекватных системах прошлого равно как и в социалистических системах настоящего. Качественной разграничительной чертой является, что в предшествующих социалистической кодификации системах не распознавал естественную объективности необходимости рекодификации в общем и целом. Эти системы предназначили свои кодексы для вечного существования и в случае возникновения подобности в рекодификации они учли это (сохраняя внешне оболочку античной) или в применении прозе, средствами правотворчества судебной притяжки, или на самом деле они были вынуждены рекодифицировать, но это считали они недостатком в качестве их предвзвешенной работы в таком образом рассмотрели его как реконструкцию. Итак, социалистическая кодификация является первой не только в том, что она сделала явление рекодификации общим, но и в том, что в ней данное явление — как естественная, возобновляемая осуществленная цель процессов кодификации — получает положительную квалификацию. Поэтому рекодификация могла стать знаком образования типов, таким качеством социалистической кодификации, которое включает в себя как познание общественной необходимости накопления процессов изменения, так и поддержку их осуществления.

В теории социалистического права познание явлений рекодификации впервые появилось так, что оно охватало дифференциацией различных этапов кодификации и обнаруживанием их различных специфических черт. Потом когда рекодификация представляла не только отображающуюся в своей перспективе тенденцию, но она действительно стала исторически всеобщей практикой общества, данное явление и его теоретическое обобщение выросло в теоретическую категорию, касалась самого понятия кодификации. Значит теперь речь идет уже не только о том, что появляющаяся в ряде рекодификаций перспектива социалистической кодификации и ее общественная действительность представляют собой компонент сущности социалистической кодификации, но и о том, что данное явление превращалось из простого критерия общего понятия кодификации и социалистического понимания этого понятия в его

формирователь, даже в один из его создателей.

Такое повышенное значение вытекает из того, что те процессы рекодификации, которые начиная с 1950-х годов вплоть до конца 1960-х годов создали новую практику рекодификации²¹, относительно самостоятельны и то, чтобы уже кодифицированное право осталось таким, чтобы их возобновление произошло без ущерба кодифицированности права, но с ее укреплением; но упомянутые процессы затронули классическое понятие кодификации. Ведь период создания систем социалистического права закончился изти кодексы были призваны не к суммарно-систематизированному закреплению права новой общественно-экономической формации, а к дальнейшему развитию уже созданного, суммированного и систематизированного права. Не тотальная замена в политической, экономической и юридической областях, не институционализация какого-то коренного нового составили зафиксированное в упомянутых кодексах достижение. У них была другая задача: они осуществляли адаптацию, внутрисистемное применение к потребностям дальнейшего развития. Таким образом опоры системы регулировались — ее компетенция, принципы, структура, терминологический состав, даже значительная часть норм положительного права — остались большей частью нетронутыми; введенная и дальше развивавшаяся верховная существующих основ получила новую форму кодификации.

Таким образом социалистическая рекодификация стала собирательным бассейном дальнейшего развития, наследующая кодифицированное право, но тем самым она выполняла и роль фактора внутрисистемной безопасности. Однако те факторы, что практика рекодификации приняла всеобщий характер, в истории кодификации укрепились такая форма кодификации, которая в диалектике снятия (одновременного уничтожения и сохранения) характеризующей кодификационных изменений право, давала акцент относительно (и доминантно, по содержанию) на момент сохранения, и это обстоятельство имело последствия в отношении самого теоретического понимания кодификации. Ибо раннее понимание социалистической кодификации — в всяком случае, что касается вопроса акцента в осуществлении диалектики снятия — пришло, не в модальности радикальных обновлений права.²² Тогда это было справедливо, ведь это было продиктовано необходимостью осуществления стремлений буржуазной кодификации, не осуществлявшихся в большинстве новых социалистических государств, а также революционным содержанием и философией создания нового права и его кодифицированного

формирования. Хотя эти точки зрения ни изнурены не оторваны или обоими, что "можно и надо делать различие между кодификацией и кодексом; созданными в начале какой-нибудь общественной системы и, вытекающими из этого, имеющими основополагающий характер, а также кодификацией и кодексом, ставшими актуальными в ходе развития данной общественной системы".²³ Все-таки когда основополагающая кодификация уже повсюду осуществлялась и стала частью прошлого развития социалистического права, и почти исключительной действительностью настоящего стала рекодификация, переименование акцента на прошлые означало известное переименование акцента и в теоретическом отращивании.²⁴

То-есть, что высветил главной линией, тонущая история кодификации, по своему значению социалистическая кодификация на высшем уровне возродила ту форму радикального понимания права, которая необходима обеспечивает приведение в унификаторскую систему, в которая, классическая, первой появилась в кодификационном творчестве буржуазных революций континента. Но она не унывала в однократном отращивании основных институтов нового общества в виде исторических достижений, а скоро — приспосабливаясь к потребностям своего развития — она перешла буржуазное понимание кодификации. Уходясь от своей первоначальной общественно-исторической оплодотворенности, вместо того, чтобы превратить кодекс (неподходящее буржуазных обществ) в репер с функцией сводки, социалистическая кодификация, параллельно с общественно-экономическим развитием обновляла ее и этим превратила его в такую часть системы источников права, которая не только имеет историческую цельность, но является ее актуально тоже живой частью. Этим она достигла, что вопреки в динамическому развитию общества кодекс является не только оксигеном достижений прошлого, но только формально действительной методологической сетью, средой возможных юридических решений, но — держа шаг впереди с этим развитием, выражая его эволюцию, и повторно обновляясь, — она, по содержанию, продолжает быть первичным определителем и фактором правовых отношений. Институционализация кодификации и поднятие ее до уровня практики, социалистическая кодификация преуспела в своей попытке, чтобы превратить форму кодекса в компонент системы источников права, держащий шаг с общественным развитием и имеющий действительно увеличенное в весе своего содержания значение.

- Основания выразилось в концепции принципиальной кодификации и, главным образом, в ее технико-правовом функционировании. Ведь для Венгрии, но и для других стран переходной демократии это было тот период, когда законодательно не запрещенное, лишь ориентированное судебное развитие права "или обладавшая посия общего права, являющаяся полезной в данных условиях." - выполняло не только положительную, но и отрицательно призванную и дегализирующую роль. См. Böckl Gyula: A magyar jog fejlődésének első körökben a bírósági döntéshozatalról és a törvényről (Принципиальные вопросы развития венгерского права в первые 10 лет народной демократии). "Jogtudományi Közlemények", №6/1955, p.336.
11. После общего раздела Польши, ее гражданское право подразделялось на четыре чужие системы и эту раздельность оно, большей частью, сохранило до народно-демократического преобразования, и квази-кодификационное законодательство (по провозглашенной необходимости) впервые осуществлялось - имея целью территориальную унификацию права - в 1945-1946 годах, потом - запрещая общие принципы толкования - в 1950 году, с целью основных требований социалистического преобразования.
12. В уголовной кодификации такова была овансовая кодификация общей части (в Югославии (1947 г.), Албании (1948 г.), Чехословакии и Венгрии (1950 г.). в Югославии (1951 г.) и Албании (1952 г.) укомплектное означало дополнительное кодификацию основной части, а в Чехословакии в Венгрии опоздно на десяти лет (1961 г.) уже предполагало рекодификацию. Что касается кодификации семейного права, в Югославии четыре самостоятельных по форме законов (1946-1947 гг.) стали кодексами, а в Китае только социалистический закон был принят (1950 г.). В гражданском праве Болгарии законом об обязательствах и собственности отдельно были приняты (1951 г.).
13. В Румынии в году принятия социалистической конституции (1948 г.) были приняты гражданский и уголовный материальный и процессуальный кодексы; они позже дополнились трудовым (1950 г.) и семейным (1954 г.) кодексами. Среди них, однако, сам гражданский кодекс тоже представлял собой измененный вариант кодекса 1865 года, переработанного по французской выписке.
14. Прежде всего в Чехословакии, но в высокой степени и в Венгрии.
15. См. Gorekovic, Loo: Problemi kodifikacije u jugoslovenskim pravima sistemu. In: Zbornik radova o stranom i narodnom pravu, IV, Beograd, Institut za narodno pravo, 1956, p.143 и сл.
16. Наряду с несоответствующими болгарскими законами о собственности и обязательствах, таковы были гражданские кодексы Чехословакии (1951 г.), Венгрии (1959 г.) и Польши (1964 г.).
17. Таковы были: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1811 г.) в Австрии; французского типа сербский гражданский кодекс (1844 г.) в Югославии; возобновленный вариант того французского типа гражданского кодекса (1865 г.) в Румынии, а также Bürgerliches Gesetzbuch (1896 г.) в ГДР.
18. Углубление устройства по источникам феодального права и его дальнейшее существование после социалистического политического переворота характерно было для Венгрии. В таком смысле в жизни Венгрии парадоксальным уступило считалось civil law without a civil code, значит то, что даже к концу 1950-х годов существовало такое контр-интенданское право, которое не располагало одним из самых общих его характерных черт, т.е. гражданскими кодексами. См. Chelosiakov, Rudolf B.: Comparative, 2nd ed., London, Stevens, 1960.
19. В сносной с религиозной и этнической точки зрения Югославии самостоятельный характер ранней кодификации семейного права в социализации брака был обоснован решительно необходимостью ликвидации прежнего патриархализма. Полька того характеровалась патриархальной. За исключением некоторых кругов вопросов - прежде всего поземельного обязательства (1933 г.) и торгового (1934 г.) кодексов - до унификации кодификация социалистического гражданского права осуществлялась германское im Bürgerliches Gesetzbuch, восточное Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, а в отношении бывшего Варшавского великого княжества - французский Code civil.
20. См. напр., Varga Szabolcs: Kodifikáció az angolok és a magyarok rendszereiben (Кодификация в англо-саксонских системах). "Állam- és Jogtudomány", XVI/1974, p.617; Varga Szabolcs: Modernization of Law and Its Codification Trends in the Afro-Asiatic Legal Development. Budapest, Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences, 1976. /Studies on Developing Countries, n° 88./
21. В Албании последние известные (хотя не доказанные) законодательные акты Скендербега и Деска Дуковича (XVI в.) которых приписывали известные, едино узнанные традиции. За ними между албанскими горными племенами, представлявшими географически изолированные друг от друга, не возникло такое единство, или такая организованная власть, которая могла бы обеспечить единые действия племен под общим контролем. В более-менее

демократической линии этих горских общностей, наследственные и развитые обычаи - за отсутствием любой государственной власти и централизованного аппарата - осуществлялось устно, на собраниях. Из этого вытекает, что социальный их традиционный каллоус не что иное как коллективная расправа. См. MacLachy, Margaret: The Unwritten Law in Albania, ed. by J.H.utton, Cambridge, University Press, 1954, XIX, p. 9 и след. В Албании (наряду с социалистической конституцией) в первую очередь общая и особенная части ее УК, а также кодекс о труде (1955 г.) были призваны к тому, чтобы - возвысив обычное право - институционализировать писаную форму права и его социалистическое содержание. Данное влияние, шедшее целью коренное преобразование, было неизбежно, но надежда оно могло осуществляться только на южной части Албании. Среди горцами - в Северной Албании равно как и в Косовской провинции Югославии, общности албанцев, традиция обычного права. У до сих пор, в качестве их санкций, прощая часть остается почти без изменений, представлял и поныне неразрешенную проблему. См. Teodorini, Enid: Le droit delictuel o Shqiptarino ve Verit (Обычное право Северной Албании). Drejtoria Popullore, XVI/1963/, pp. 5, 64 и след. Funoyci, Surja: Jugoslovenoka Revija za Kriminologiju i Krivieno Pravo, 4/1972.

22. Harel, Georg Wilhelm Friedrich: Kladatook a filosofia tertnotodotobi (допущен по истории (албанский, не болгарский). Tom I, Budapest, Akademiai Kiado, 1958, p. 106. Основное положение следующее: о необходимом осуществлении права в виде возмещения плохого свидетеляствует возмещение богдыханное постановление в Китае, по которому: "Кален, чтобы со всеми теми, кто обращаются в суд, обобщаясь беззастенчиво там, чтобы они подумались права и ярмо от явил в суд." (Van der Sprenkel, Sybille: Legal Institutions in Ancient China, 1962, p. 77. In: Spencer, Geoffrey: Law in Society, Oxford, Clarendon Press, 1965, p. 57. / Ибо конституционное повышение - которое начиная с XI в. до н.э. определенно повышение права в Китае и не ограничиваясь ее территориях - в области регулирования социального между людьми социальными урегулированием по которому, не упрощенно нормального характера нормативы ли, определенно лишь условиями конкретного положения. Нормы, предусматривающие упрощенно образцы поведения, собственное право или средство имперского законодательства, конечно,

создавались, в силу необходимости, и независимо от этого: однако по сравнению с примечанием ли, нормы ли окупали крайним злом, в роли горючего. Нормы ли - независимо от их предмета - приняли карательный характер как в их санкциях, так и в содержании, и этим они сделали право, его институты и процедуры грозными, даже тех лиц, которые поступали с ними в связь - угрожающими. Этим объясняется, что пока в Европе право в действительном смысле слова, в ходе буржуазного развития все более носило свое выражение в горючих субъективных презумпциях, то в Китае ли никогда не ассоциировалось с понятием правоности, даже понятие субъективного права не обрешало, С чем ли ассоциировалось, то до последнего времени могло быть лишь понятие угрожаемости устраивали маломощности. См. Росатта.

Jean: Le droit chinois, Fékin, Paris, Vetch-Sirey, 1936, особенно стр. 20 и след.

23. В Китае порою созданные ночивая для преобразования правовой формы, для реорганизации системы источников права по европейскому образцу родились только в первое десятилетие нашего века. Социалистическое революционное преобразование после второй мировой войны не ставило целью упрощения этих унитаров. Однако шло нельзя обеспечение ratios по содержанию социалистического преобразования, в 1949 году раньше принятие кодексов были примитивны недостаточными. Кроме социалистической конституции (1949 г., 1954 г.) были приняты: закон о браке (1950 г.), примерный устав сельскохозяйственных производственных кооперативов (1952 г., 1956 г.) и наконец кодекс о труде (1957 г.). Значительные кодексы, икономого процессов, осторожные продвигались вперед основали изгнанные трудности социалистического преобразования, шлоу рождалась проблема. Но "требование немедленного выпуска полного свода законов", которое в первый период социалистической революции считали сие "равной и надуманной ... очевидной несущественной мечтой" (см. перодовую статью "Ланьинь шиде" от 5 сентября 1951 г. Цит. Хуаньинь, Artur: The Background and Revolution of Party Policy on the Drafting of Legal Codes in Communist China, The American Journal of Comparative Law, 3/IV/1966-1967/, p. 507/), все более стало актуальным, даже скоро определили его как одну из главных задач продолжения социалистической революции. Хуэ-шо-чи зивел это (теплой образцы, который воплотил разви-

тия в СССР) из исторической диспентики революционного преобразования, из преобладания пороста революционного периода в этот консолиди- рованного развития. "Во время революционной войны в первый период после освобождения основным источником борьбы являлось открытое выступление масс. Сегодня, когда революционная буря уже улеглась, когда уже новые производственные отно- шения создавались, новая главная задача - обеспе- чить успешное развитие производственных сил общества. Ввиду того, что цели борьбы измени- лись, соответственно и ее средства должны из- мениться, и абсолютно необходимым становится строительство полной системы права." *См. Eighth National Congress of the Communist Party of China, I, Peking, Foreign Language Press, 1956, p. 82.* Луи Бу-у тоже это конкретизировал в своем выступлении. "Проблема неслучайно является, что пока еще отсутствует ряд крайне необходимых, на- соним дело охватных основных законов, в частности уголовный кодекс, гражданский кодекс, процессуаль- ные кодексы, кодекс о труде, о землепользовании, и др... В настоящее время, имея в виду необходи- мость и объективную возможность построения пра- вовой системы, мы должны постепенно укомплекто- вывать структуру нашей правовой системы" - одно- временно он объявил о том, что первоначальные проекты уголовного и уголовно-процессуального кодексов готовы и приняты. *См. Eighth National Congress of the Communist Party of China, II, pp. 67, 94.*

24. Здесь имеет в виду КНР, которая по образцу советских кодексов кодифицировала свое материаль- ное и процессуальное право.

25. "Законы, постановления, положения, институты - все это является лишь проявлением политики Партии... Всякое право должно основываться на политике Партии; иначе... оно предстает со- бой пустой мяч бумажный... Наше право простоя- ет не из голов или плеч нескольких людей, а из опыта классовой и производственной борьбы масс, из творческой способности и разума масс... Мы принимаем курс масс не только в право- творчестве, но и в провозе законов, постановле- ний и положений. Партия в превосходстве обобщает народ в поддержании его в области и провозе всех проз, постановлений, институтов, которые опи- раются на рационализм, препятствуют распрости- ранию произвола или неустойчивости с со вре- менем." (Передовая статья, принадлежавшая перу Чан-Ся Чан-Си/1959 г./ *in: Стаханко, op.cit. pp. 524, 507/*)

Эту тенденцию усиливает и то, что в лекциях об осно- вках уголовного (1957 г.) и гражданского (1958 г.) проза КНР, появившихся в издании Центрального Инсти- тута подготовки политических и юридических кадров, источники права определились так, что они были не- посредственно отсоединены от директивных полити- ческими факторами (включая в себя и юридическое значение проявления руководящих лиц в органах пар- тии, Народно-освободительной армии в "Даньши мао" *См. Стаханко, op.cit. p. 316.* Тенденция к разрыву си- стемы источников проза попала в и полном откло- нении формы своего правосудия. Споры все чаще пере- даются в райкомы улич, кварталов, комитет на при- нятие или решение, даже иногда внешнеторговые опе- ры рассматриваются на hoc примирении, шипровизурии, не опираясь на отечественные или на иностранные писа- ные нормы. *См. напр. Чен, Jerome Alan: Chinese Law;*

At the Crossroads, The China Quarterly, 53/1973, pp. 141-143. — В КНР в ходе проверки политики по ко- дификации произошел такой процесс, который в своей тенденции перекликается с вышеупомянутым, но в своей идеологии в практике он все же не тождественен о пер- вым. Именные кодексы или по содержанию не были про- званы недействительными, а : практически они все-таки и были ослаблены широкой использованием аналогических возможностей в том, что процесс правосудия стал не- посредственным средством массовой борьбы. В таком положении (которое по официальным заявлениям стало необходимым условием отодвинуть революционного по- рыва) всякая попытка для осуществления кодификацион- ного превозрождения или применения проза считается делом против революции и как таков будет отвергнут. *См. Хуан, Gyong Choon: Ideology and Criminal Law in North-Korea, American Journal of Comparative Law, XVII/1969, pp. 1, 70.*

26. Отмечено, что этот двойной переворот характерен для основной линии китайского развития, как это пластич- но вылилось из позиции Лу-сэ-чи, отстоявшейся в первой части переворота, и переходе от революции к консолидации. Но данная тенденция не исключала оди- нозначное осуществление и борьбу противоположных направлений, как об этом подчеркнуто говорил в Лу- би-у, подвешая внимание различия проявления про- являемого превозрождения политизма (*см. стр. 88 и след.*). Причины этого он видел, отчасти, в общих традициях прошлого, и отчасти в том, что проявление ККП прива- зано к боевым средствам, возникшим еще в нелегальных условиях. Поэтому было необходимо поддерживать значе- ние переворота и, в период консолидации и развития кодификации постоянно было нужно и официально утвер-

здать, что "соблюдение права государства является органической частью соблюдения партийной дисциплины и нарушение права государства наносит урон и партийной дисциплине" (см. стр. 91 и след., особенно стр. 96). На этой одновременной двойственности основывается и наглядное изложение, которое на основании первоначальной двойственности за и против в развитии социалистического китайского права тако различает "внутреннюю" и "внешнюю" модели. "Внешняя" модель соответствует праву, стремящемуся к кодифицированному состоянию; вот что после победы социалистической революции, казалось, стало господствующим в своей тенденции. Однако под поверхностью не перестала действовать "внутренняя" модель, значит практика низвержения права, которая в ходе возобновляющейся политической борьбы лишила содержание "внешней" модели, даже сделала ее неформальной и в ее формальном осуществлении. См. Li, Victor H.: The Role of Law in Communist China, The China Quarterly, 44/1970, pp. 44, 79, 109.

27. О такого характера выступлениях видела Востро, далее о проекте кодекса об унификации судебной системы Кубы, о подготовке к кодификации уголовного, гражданского материального и процессуального права, а также советского права см. Рокка, Блас: Задачи кодификации законодательства на Кубе. "Социалистическая законность", 12/1972 г., стр. 70-71.
28. О концентрации на типичном см. Perechyn Vilnois: Jostordis do Jostordis (Систематика права и правообразование). Warszawa, Akademiai Kiado, 1965, p. 324. О появлении в социалистической кодификации см. Seabé Inero: A kodifikacio idoszeri ditalanos kordoi (Актуальное общее вопросы кодификации). "Jostudomai Kvalitai", no. 10/1969, p. 497.
29. См. Ворова Чобис: Назначение общества и права и вопросы кодификации, уделяя особое внимание социалистическим кодексам. Варшава, 1974 (История законодательства, разномыслий институтов государства и права Польской Академии наук), стр. 17-19.
30. См. Vargha Seabai: A kodifikacio kordoi atakaloi as Etyouit Alakoi (Организация кодификационных работ в США). Alakoi do Jostudomai, 14/1972, p. 310.
31. Первыми типичными формами проявления рекодификации считается уголовно-процессуальный кодекс Бразилии (1953 г.), гражданско-процессуальный кодекс Венгрии (1954, 1957), кодекс о труде Венгрии (1955 г.), уголовный кодекс Испании (1961 г.), и др. До сих пор самым охотным и наиболее успешным попытке рекодификации сущестовалось в СССР. После внесения изменений в конституцию, разделяющего сущность кодификации (1957 г.), Р. 494. на основном уровне принимает Основы гражданского, уголовного, и т.д., материального и процессуального ко-

нокодификация, эти Основы потом отдельные республи-
ки дают форму кодификации, приспособивши их к мест-
ным особенностям. Эти они обеспечивают возможность
для осуществления особого в рамках основного един-
ства. Одновременно, в программу законодательства
большинства европейских социалистических стран реко-
дификация тако фигурирует как общая задача. Например,
в Болгарии в 1963 году были рекодифицированы уго-
ловный кодекс и советское право, в польши рекодифици-
ция составляет программу ближайшего будущего.
++ См. напр., Дажин В.Г. Проблемы кодификации
гражданского законодательства, Казань, Издательство,
1973; Иванов В.И. Уголовное законодательство Союза
ССР в союзных республиках (Единство в особенностях).
Москва, Юридическая литература, 1973.

32. "Наш взгляд на кодекс и, в связи с этим, на кодифи-
кацию коренно отличается от тех - после например
Пиро Собо в 1962 году - , которые под кодификацион-
ной деятельностью понимают урегулирование правил
одной отрасли или сферы права, т.е. в сущности пони-
мают известный свод, внекорпорацию действующего зако-
нодательства, познаний, жисте с познанием новых, сти-
мизирующих познаний. По поводу шлово кодификация
представляет собой творчество нового права; в таком
смысле возникло современное понятие кодификации в
исключительных правовых системах и на основании из
этого понимания... в так случае, что сущность кодифи-
кации всегда является дальновидностью, стремление
к новому, желание изменений и требование открыть но-
вый этап развития. См. Seabé Inero: Les problemes de la
codification a la lumiere des experiences acquises
dans les conditions actuelles. In: Etudes juridiques
pour le Sixieme Congrès International du Droit Comparé,
Warsaw, Akademiai Kiado, 1962, pp. 6-7.
33. См. Собо Пиро, там же.
34. "...в действительности - после также П. Собо в 1969
году, обобщая практику - которая кодификация не озна-
чала (и в силу необходимости и не могла означать)
полную рекодификацию; правообразование включает в
кодекс новые элементы и части, и преобразует отдель-
ные главы, причем сохраняют главные черты первоначального кодекса. Рекодификация не столько рекодифи-
кация, сколько формально является. Все-таки такое к
переругулированию приводит к тому, чтобы законодатель,
герное подготовляющийся кодекс либо уже измененный
даже в отдельные слова или в частичные положения,
затрагивая старый кодекс; рекодификация ослабляет
на общую проверку кодекса и на его переработку".
Seabé Inero: A kodifikacio idoszeri ditalanos kordoi.

MINISTERSKÉ ODŮVODNĚNÍ A JEHO ÚLOHA VE ZPROSTŘEDKOVÁNÍ PRÁVNÍCH HODNOT

Dr. Csaba V a r g a , CSc.

Ústav pro státní a právní vědy Maďarské akademie věd

Zákonodárství stojí ustavičně před problémem, jak odstranit rozpor mezi společenskou regulací, která se opírá o uvědomělý výběr hodnot, a mezi jejím vyjádřením výlučně právními prostředky (normovými strukturami). K formálním vlastnostem práva patří skutečnost, že se vyjadřuje v normových strukturách - je to v zájmu jednoznačné standardizace společenského chování a předcházení sporům. Čím více se ale tato formální vlastnost historicky rozvíjí, tím je nutnější, aby zákonodárce přesahoval tento rámec, byť neformálně, a objasnil obsah skrytý v právních předpisech (normových strukturách). Ve svých primitivních formách vzniká tato potřeba v četných starověkých a středověkých právních výtvorech; byla kdysi diktována snahou legitimovat vladaře a jeho jednání. Tato potřeba se projevila, rovněž v primitivní formě, též v četných příkladech novodobé právní tvorby: je však již stále větší měrou podmíněna specifickým charakterem realizace práva prostřednictvím rozvíjející se státní organizace a byrokracie. Později, za buržoazního parlamentarismu, jehož podkladem byl organizační a politický rozvoj dělby práce v tvorbě práva, stalo se neformální narušování formálnosti práva zvláštní institucí. Zavedení této instituce stalo se pak v socialistické právní tvorbě, v souladu s jejími zásadami, nositelem uvědomělého a demokratického působení práva na společnost.

Vlivem své buržoazní minulosti převzala pak většina socialistických zemí tento tradiční prostředek k odstranění formálnosti práva, tj. instituci ministerského odůvodnění, které vychází z legislativních materiálů. Byla prostě z pohodlnosti přizpůsobena, přičemž nebyla předem objasněna její důležitější funkce, nebyl pochopen nezbytný zánik této funkce a nebyla popsána nová funkce, která je žádoucí v podmínkách socialistické přeměny. To mělo za následek značnou nevyrovnanost praxe a pronikání různých individuálně zabarvených subjektivních tendencí. Úprava instituce ministerského odůvodnění ne-

ní ale naprosto indiferentní, pokud jde o zvyšování odpovědné uvědomělosti socialistické právní tvorby a o současné informování společnosti o výběru hodnot, jímž se zákonodávce řídil.

První redakce tohoto pojednání byla napsána jako dobrozdání pro potřeby kodifikační sekce maďarského ministerstva spravedlnosti. Šlo o pokus nastínit v zájmu odůvodnění a stabilní budoucí praxe zásadní a historický základ existujících systémů ministerského odůvodnění, jeho funkci, jeho vyřešení jako instituce včetně příslušného řízení, a se zřetelem k tomu navrhnout případné funkce, technické složky a náplně, které podle úsudku autora jsou žádoucí pro využití možností poskytovaných institucí ministerského odůvodnění. Tento příspěvek určený pro konferenci je zkrácenou a přepracovanou verzí původní redakce. Byl z ní vypuštěn především srovnávací přehled a právně politické úvahy o konkrétních rysech a budoucnosti instituce, aby-
chom se mohli soustředit na momenty zásadní a teoretické důležitosti.

I.

Principiální a historické základy vzniku ministerského odůvodnění

Ministerské odůvodnění v nejobecnějším pojetí je dokument předložený zákonodávci a doprovázející návrh textu osnovy zákona, v němž autor osnovy vykládá společenské důvody, obecné a zvláštní právní důvody, dále obecné a zvláštní právní motivy a hospodářské účinky zákonné osnovy, které lze očekávat (u vládního návrhu podává výklad odborný ministr, který je později odpovědný za provádění). Již v této hrubé definici jasně vyniká dvojitý význam ministerských odůvodnění. Podle ní je ministerské odůvodnění pouze (1) doplněním textu právní normy, vyjádřeného v normových strukturách, textem vyjádřeným jiným způsobem, a to na podporu právní normy a za účelem politického a právního přesvědčování o její potřebě, přičemž (2) toto doplnění má v procesu tvorby práva určité místo, v řízení určitou úlohu a pevně stanovenou formu. Tento dvojitý význam má k sobě navzájem pojmově i historicky vztah obecného k zvláštnímu.

Snaha podporovat přijetí práva, stanoveného ve formě pravidel chování, různými teoretickými i praktickými úvahami (politickými, ideologickými, odbornými) a argumentací, které má přesvědčit, je v podstatě stejně stará jako psané právo, jako skutečnost, že právo se zdá být omezeno na psané normové struktury. Naproti tomu je vznik ministerského odůvodnění v určité formě a jeho význam při legislativním řízení poměrně pozdním plodem vývoje práva, jenž předpokládá jistý daný stav hospodářských a třídních vztahů ve společnosti, proniknutí společenské dělby práce do politické, státní a právní činnosti, dále formální právní úpravu mechanismu samotné tvorby práva. Jeho (A) principiální a (B) historické základy musíme vyložit odděleně.

(A) Právo ve své rozvinuté formě, objektivizované v řadě normových struktur, je pouze uměle odděleným úsekem mimořádně složitého procesu poznání, zaměření a řešení, jenž souvisí s úhrnem společenské praxe. Právo je něco, co neobsahuje ani důvod, ani smysl své existence. Je to pouhý nástroj, který se uměle oprošťuje od přirozených kauzálních, hodnotících a účelových vztahů lidské společenské praxe, aby učinil samostatným cílem něco, co samo o sobě, z hlediska celkového procesu společenského působení, je pouze prostředkem. Z tohoto hlediska znamená právo pouze to, že určité stanovené chování chápeme jako samostatný cíl, a to na základě nepřiznaných souvislostí (pokud jde o poměr mezi chováním a jeho společenským účinkem) a v zájmu nepřiznaných cílů (pokud jde o žádoucí společenský účinek).

Vyjádření práva v takovýchto čistých a zdánlivě samostatných normových strukturách je plodem starověkého vývoje práva. Zhruba řečeno vzniklo tam, kde se právo stalo psaným právem, což ve vývoji práva jako nástroje znamenalo největší převrat, k němuž kdy došlo. Ve své nejčistší formě došlo k tomu v říších starověkého Východu, kdy již nedostačovala prastará soustava norm, založené na tradičním obyčejovém chování a jeho vynucování. Ve starověkých státních formacích, které vrostly v říše, sešly se totiž na jedné straně různé kmeny a tradice obyčejového práva, jehož sjednocení, alespoň do určité míry, bylo nevyhnutelné; na druhé straně předpokládal hospodářský rozmach a jej chránící vojenská organizace, státní veřejné práce a finance;

spolu s příslušným úřednickým aparátem, jednak reformu dosavadního obyčejového práva a jednak nové předpisy s celoříšskou účinností; tomu již nemohl odpovídat živelný vývoj, typický pro obyčejné právo. V této době vznikly k uspokojení různých konkrétních potřeb (vytvoření obyčejje, nová úprava, sbírka vladařových rozsudků z důvodů jazykových rozdílů nebo pro unifikaci, stanovení zásad justice atd.) texty právních pramenů ve formě psaných normativních struktur, které plnily svou regulační úlohu byť s kazuistickou konkrétností a nesystematicky, ale již v dnešní formě (struktuře) právních norem.

V marxistické vědě naší doby je obecně známo, že společenské vědomí ve svém úhrnu je současně výsledkem i pramenem společenských procesů. Příslušné společenské bytí je se svými hospodářskými, politickými, ideologickými aj. determinantami, se svými institucemi a organizační soustavou, s jejich tendencemi vývoje, potřebami a uvědoměním jednak výrazem historicko-společensky podmíněného stavu, jednak je ale současně také jeho regulátorem, jenž předem do jisté míry určuje své budoucí zaměření, příp. uzavírá vliv determinant do daného rámce. Ve svém příslušném obsahu a své konkrétní formě je i právo samo historicky determinovaným útwarem. Na druhé straně působí tytéž společenské vztahy, které působí na právo, také na příslušné chování a určují tak nakonec i efektivní praktické prosazování práva.

Vzhledem k celkové determinovanosti společnosti je tedy samostatnost či separace práva vnějším zděním. Ve své studii "K ontologii společenského bytí" vyjádřil Lukács tuto souvislost těmito myšlenkami: ve společnosti a zvláště ve vyspělých, silně diferencovaných formách společnosti (kterou chápal jako celkový komplex sestávající z dílčích komplexů, kde dílčí komplexy zahrnují různé relativně osamostatněné okruhy účasti, instituční funkce, druhy činnosti, vztahy činnosti atd.) představuje "reprodukce příslušného celku (tím je třeba rozumět společenský úhrn, celkový komplex) převládající moment v tomto mnohonásobném systému vzájemného působení". Celek působí na část nesporně jako determinující činitel, ale tak, že trvalá reprodukce celku, v nepřetržitém vzájemném působení mezi celkem a částmi, předpokládá a zahrnuje reprodukci dílčích komplexů v jejich relativní samo-

statnosti. Právě vzájemné působení mezi těmito komplexy přináší nutnost takových komplexů, jejichž jedinou úlohou je zprostředkování. Je to situace zdánlivě paradoxní - vyplývá to ale z podstaty zprostředkování - , že tyto zprostředkující dílčí komplexy mohou tím snadněji plnit svou úlohu uvnitř celkového procesu - odděleně od komplexů jimi zprostředkovaných - čím větší je jejich relativní autonomie. Proto relativní samostatnost práva není dílem ducha, jenž unikl z lahve a ničí sám sebe: vyplývá právě z jeho podstaty, z jeho zprostředkující povahy.

Specifická povaha práva vyplývá tedy z potřeby, aby fungovalo jako relativně autonomní zprostředkující komplex. Toho jsme si povšimli již předem, když jsme charakterizovali právo jako formálně objektivizovanou normovou strukturu, a když jsme mluvili o příslušném dějinném úsilí směřujícím k tomuto formálnímu uplatnění. V této technizované a formalizované podobě je právo nejen umělým útwarem, ale též ideologicky požadovanou druhotnou skutečností, opírající se o skutečnost svou soustavou kategorií. Z jedné strany definuje chování, ale neformuluje kauzální účinky a účelové teze související se sporným chováním - na druhé straně dodává definicím chování praktický význam tím, že je spojuje s nejrůznějšími umělými kvalifikacemi zákazu, dovolení nebo povinnosti. Tyto kvalifikace tvoří současně s definicemi chování zdánlivou ideologickou skutečnost tak dlouho, až se stanou společenskými skutečnostmi a realizují se ve společenské praxi.

Co z toho plyne ?

Především skutečnost, že právo je funkčně způsobilé zastávat svou úlohu zprostředkovatele. Tím, že se právo soustřeďuje výlučně na plnění úlohy nástroje, umožňuje jasně a jednoznačně standardizovat společenskou praxi: tím, že předvidá možné následky, motivuje budoucí chování; konečně vytváří spolehlivý základ pro posouzení oprávněnosti chování, poněvadž umožňuje formální posouzení na základě vnějších znaků chování. Současně ale soustředění práva na funkci nástroje obsahuje vnitřní funkci samoobhajoby. V komplexních souvislostech společenské praxe nemůže totiž zabezpečovat cíle, považované více méně za všeobecné hodnoty, pouze jeden druh nástroje: mezi cí-

li a chováním, které je realizuje (s menší či větší účinností), neexistuje bezprostřední a úzká ekvivalence. Úprava pomocí normativní struktury, která prohlašuje určité chování za samostatný cíl, je konečným výsledkem dlouhého hodnoticího procesu (který lze vždy považovat za sporný, ale z jiných hledisek). Právo se tedy soustřeďuje na funkci nástroje, protože je autoritativní: skrývá se v něm rozhodnutí veřejného orgánu, které se osamostatnilo ode všech předcházejících pohnutek či úvah. Norma nevyzývá adresáta, aby nově promyslel úvahy, které historicky vedly tvůrce normy, ale vyzývá jej, aby si počínal, jednal způsobem, který tvůrce normy považuje za žádoucí.

Z předchozího výkladu vyplývá za druhé též to, že právo je rozkouskovaným, jednostranným odrazem pravdy, uměle vytrženým z ostatních vztahů. Jak upozornil Lukács, právo jako odraz "nereprodukuje poznání objektivního bytí samého společenského procesu": "konstatování faktů, jejich zařazení do soustavy není zakotveno v samé společenské realitě, nýbrž pouze ve vůli právě vládnoucí třídy přizpůsobit společenskou praxi svým záměrům".

Z hlediska ontologie společenského bytí to byl rozhodující závěr, poněvadž Lukácsova práce měla mimo jiné za cíl právě ukázat, že za daných podmínek i reprodukce spjaté s vědomím (víra a pověra, nejružnější ideologické formy atd.) mají charakter, význam i funkce "spjaté s bytím". To ale znamená, že princip primárního přiblížení (v rámci teorie poznání) u četných forem odrazu je předem nesprávný. Jde tady o reprodukce bytí spjaté s poznáním, zaměřené nikoli na jeho poznávací zobrazení, nýbrž na jeho přeměnu, na jeho praktické působení na bytí. Adekvátnost praktického odrazu závisí tedy především na jeho funkční účinnosti, na jeho funkci spjaté s bytím, tj. na jeho ontickém statu.

Svérázná podoba umělého charakteru práva - Lukács se dále touto věcí nezabývá - vyplývá z jeho specifické formy objektivizace: totiž z toho, že plní svůj úkol prostřednictvím normových struktur.

Představme si matematiku, který na půvaby vnějšího světa reaguje jen řadami čísel a vzorců. Představme si стратега, jehož jedinou reakcí jsou

povely k přesunům jednotek. Nebo si představme monarchu, který se dovede projevit jedině tak, že dělá z poddaných slepé nástroje své vůle. Možná, že všechny tyto projevy jsou adekvátní, ale sotva se můžeme o tom přímo přesvědčit. Projevy příznačné par excellence pro matematika, стратега a tyрана jsou nesporně reakcí na skutečnost, ale nejen na ni samotnou. Jsou to do krajnosti odhalené závěry procesu poznání, zahrnujícího moment rozhodování, jehož smysl z hlediska bytí spočívá právě v rozmanitém vzájemném spojení se skutečností.

Tyto projevy samy nejsou přesvědčivé, ponechávám skutečnost, že chybí jejich přirozené prostředí (kauzální, hodnotící, účelové) má za následek, že vypadají jako jedna eventualita. Pouze ve spojení s těmito souvislostmi mohou se stát předmětem úvahy a potvrzení. I pokud jde o vytvořené právo, je každá intelektuální činnost představitelná jen tehdy, když si uvědomíme, že právní normové struktury mají povahu prostředka a podkladem jejich kvalifikace je kauzální, hodnotící a účelové naplnění.

Právo, vyproštěné ze své funkce pouhého prostředku, může se stát jen tehdy společensky uvědomělým nástrojem společenského působení, když je zasazíme opět do sítě kauzálních a hodnotících souvislostí, z níž bylo vytrženo. Právní nástroj jako věc sama pro sebe může zaniknout jen touto myšlenkovou rekonstrukcí, aby se pak právo stalo i "věcí pro nás" - tím, že vědomí tvůrce normy učiníme "věcí pro nás".

Toto je v nejobecnějším smyslu principiálním základem utváření funkce ministerského odůvodnění. Proto lze tvrdit, že od doby, kdy se vytvořilo psané právo se svou objektivní povahou vyjádřenou v normových strukturách, je opětné zasazení normových struktur do jejich přirozených jazykových a myšlenkových souvislostí předpokladem každé vědomé intelektuální činnosti související s právem.

(B) Moderní, pomocí byrokracie připravené zákonodárství je plodem feudálního absolutismu. Postupně stále rozsáhlejší a intenzivnější činnost státu - vojenská, finanční, hospodářská atd. - vytváří k plnění kvalitativně čtenějších a změněných úkolů novou organizaci, která se neopírá o důstojnost

kleru, ani o privilegia šlechty, nýbrž o úředníky, jejichž postavení je podmíněno odbornými znalostmi. Tento byrokratický aparát má v zájmu uniformity své činnosti za úkol jednak požadovat, jednak produkovat novou rozsáhlou právní úpravu. Absolutismus usiluje tedy o právní úpravu chápavou jako akční program, obsáhlou a prozíravou, jejíž přípravy se účastní filosofové, právníci, hospodářští a finanční odborníci.

Nesmíme ale zapomínat, že tyto systémy byly osvětlené despotismy. Přisvojovaly si odborné znalosti byrokratického aparátu, ale neposkytovaly pro jejich rozvinutí dostatečný prostor. Také nepoužívaly tento aparát jako protiváhu a nekonfrontovaly jej s žádnou jinou vůlí - byl přece jen "prodloužením hlavy" monarchovy, a podle logiky systému nebyl považován za vůli.

Za těchto okolností mohla být dělba práce v zákonodárství a jeho přípravě jen zdánlivá, protože proti sobě nestály žádné více méně koordinované části, nýbrž platil pouze celek a jeho všemohoucnost, přičemž celek byl výlučným tvůrcem, dle libosti uživatelem, ba i potenciálním ničitelem částí, které sám povolal k životu.

Naproti tomu moderní parlamentarismus, vytvořený vítěznou revolucí a liberálním státním zřízením buržoazie, přinesl skutečnou dělbu práce.

V procesu zákonodárství dochází skutečně k jisté dělbě práce, jejímiž dvěma póly jsou obě státní moci, které již podle ústavního práva a politiky stojí proti sobě nebo přinejmenším jsou od sebe velmi vzdáleny: na jedné straně moc výkonná a za ní stojící byrokratický odborný aparát, na druhé straně moc zákonodárská. Práci na přípravě zákonů vykonává vládní aparát, jenž předkládá meritorně vyhotovený návrh textu - stačí jej pouze schválit (Bill-Systém). Na druhém pólu stojí zákonodárský sbor a přijímá politické rozhodnutí, kterým se text mění v pramen práva.

"Poněvadž obě komory debatuji výhradně o hotovém textu, odděluje se v našem dnešním legislativním řízení kodifikační činnost (jde zřejmě o "vypracovávání návrhů právních předpisů" - pozn. redakce) od zákonodárské. Rovněž se odděluje porada a rozhodování, poněvadž je zakázáno odůvodňování

hlasů". Proto se stává nevyhnutelně nutným, že odborně příslušný vládní orgán, jenž návrh připravuje, snaží se vyvinout vliv na politický sbor rozhodující formálně: prostředkem k tomu je přesvědčování a nástrojem je ministerské odůvodnění, doprovázející osnovu zákona.

Nyní uvažme: v evropských parlamentárních zemích vzniká v druhé polovině XIX. století v rámci vládního aparátu zvláštní sekce pro vypracování zákonných osnov. Byrokratická příprava vystupuje natolik do popředí, že John Stuart Mill již v šedesátých letech 19. století považuje za nutné oddělit ty, kteří "práci vykonávají" (doing the work) a ty, kteří "dosáhnou toho, že je hotova" (causing it to be done). V takové situaci muselo být zavedeno ministerské odůvodnění, které bylo prohlášením vlády, obsahujícím přesvědčování, opětné uvážení a zároveň ospravedlnění. Bylo adresováno parlamentu, formálně projednávajícímu zákonnou osnovu a rozhodujícímu o jejím osudu, aby mu bylo vysvětleno, z jakých důvodů, pro jaké účely a vzhledem ke kterým právně technickým úvahám konstruovala vláda normové struktury, definující dané chování jako prostředek a kvalifikující je daným způsobem.

Stručně: za paternalistického nebo despotického monarchistického absolutismu, jenž předcházel panství buržoazie, byla byrokratická příprava procesu zákonodárství pouze zdánlivou dělbou práce, poněvadž politicky rozhodující činitel, monarcha, se zúčastnil všech stupňů a fází zákonodárství a zasahoval. Skutečná dělba práce vznikla teprve tehdy, když v duchu rozdělení státní moci byla oddělena vládní byrokracie, připravující zákonnou osnovu, od parlamentu vytvářejícího zákon. Ministerské odůvodnění vzniklo za této dělby práce jako nástroj zprostředkování mezi oběma póly. K tomuto nejdůležitějšímu důvodu se přidružily též jiné doplňující podmínky, které snad dále působily na utváření min. odůvodnění: (a) vláda by měla přesvědčit celý parlament o tom, že předloha je plně odůvodněná, aktuální a vhodná k dosažení vytčeného cíle, (b) vzhledem k systému více stran v liberálních režimech musela vládnoucí většina uvnitř parlamentu ještě zvlášť přesvědčit opoziční strany; (c) ministerské odůvodnění sloužilo jako podklad a rámec parlamentních debat, které meritorně rozhodovaly o osudu zákonné osnovy a týkaly se stejně zásadních i dílčích řešení; konečně (d) je nutno poznamenat,

že liberální parlamentarismus nebyl vybudován jako zastoupení lidu, nýbrž převážně byl zastoupením panujících společenských vrstev. Přitom hráli právníci úlohu daleko přesahující jejich početní zastoupení, neboť ministerské odůvodnění, ať již politické či právní úseky, poskytovaly dobře známý prostor pro argumentace a debaty.

II.

Možná a žádoucí funkce ministerského odůvodnění v socialistickém právu

Jak jsme vyzvětlili na jiném místě při srovnávacím rozboru konkrétních forem, (tato pasáž je v příspěvku vynechána - pozn. redakce) rozšířilo se ministerské odůvodnění nejenom v mnoha kapitalistických systémech, ale vyjma SSSR a NDR stalo se i v evropských socialistických zemích všeobecně uznanou institucí. Musíme však připustit, že zde nejde o instituci novou, která byla vytvořena samým socialistickým vývojem, aby mohla odpovídat jeho vlastním potřebám. K jejímu udržení a přizpůsobení novým podmínkám socialismu přispěla též okolnost, že byla uznávána za vymoženost civilizace a dokonce zde sehráli roli takoví nahodilí činitelé jako je setrvačnost.

Socialistický typ ministerských odůvodnění není jednotný. V jeho obsahové funkci se projevují značné nerovnoměrnosti, jako formální podmínky řízení, naplňování podmínek řízení zděděných z dřívějších dob socialistickým obsahem a bezprostřední politické zbarvení zákonné úpravy. Na druhé straně má ministerské odůvodnění v socialismu něco společného, typicky nového: chybí mu ona zásadně rozhodující funkce, kterou ministerské odůvodnění v buržoazním parlamentarismu vždy a všeobecně plnilo. Instituce ministerského odůvodnění děkuje však za svou existenci té okolnosti, že v období buržoazní přeměny v Evropě byla vážně respektována zásada oddělení moci v zájmu zúčtování se zvláštním absolutismem; proto se v zákonodárství takto vzniklých liberálních parlamentních soustav, se systémem více stran, meritorní příprava a uzákonění posunuly na protikladné póly z hlediska ústavního práva a politiky.

V socialistickém systému vládne politická jednotu - nikoli nezbytně vzhledem k systému jedné strany, ale v podstatě pro všeobecně vedoucí úlohu marx-leninské strany: je to převládající, často úplná politická jednotu mezi přípravou a přijetím zákona. Socialistická teorie státu odmítá princip oddělení státních mocí, poněvadž považuje státní moc zásadně za jednotnou. Uvnitř této jednoty neznámá rozlišování zákonodárství - moc výkonná - moc soudní nic jiného, než dělbu práce, která upravuje základní státní funkce v rámci relativně osamostatněných soustav orgánů. Novější socialistické ústavy stanoví též kategoricky vedoucí úlohu strany, která prostupuje každou státní funkcí. Během legislativního procesu, zahrnujícího i přípravu prováděnou vládou, je zpracovávána norma, již před předložením k formálnímu schválení, obsahově i formálně vymezena celou řadou neformálních rozhodnutí, z nichž všechna jsou nakonec stejně determinována; reprezentují totiž politickou jednotu státní moci, která se ve společnosti uplatňuje. V socialistické společenské soustavě není tedy dána realita oné funkce, která v liberálním parlamentarismu byla vybudována proti sobě stojící soustavou institucí politického "check and balance" a posunutím přípravy zákona a přijetí zákona na politicky protikladné póly.

Pokud jde o vlastní možné a žádoucí funkce, je tomu takto:

- (1) Jako výchozí zásadu lze konstatovat, že specifický charakter práva v naší civilizaci nevyhnutelně vyžadoval a vyžaduje, aby bylo právo objektivizováno v uzákoněných normových strukturách. Pokud jde o čistotu těchto normových struktur, musíme souhlasit s Benthamovou taktikou, přičemž jsme si vědomi, že směřování forem objektivizace, charakteristických par excellence pro právo, s jinými formami nebo jejich rozplynutí v jiných formách - přes případně očekávané dílčí výhody - má nezbytně za následek zkázu specifického charakteru práva. To pak vede k omezení nebo zničení účinnosti práva jako samostatného nástroje společenského řízení.
- (2) Tento základní princip svědčí však jen proti splnutí obou různorodých vyjádření, tj. poznávací, hodnotící, zaměřující a přesvědčující činnosti s jejími objektivizačními formami vyjádřenými popisnými jazykovými strukturami, popřípadě splnutí činnosti regulující pomocí předpisů s je-

jími jazykovými objektivními formami, přeměněnými v normové struktury. To zdaleka neznamená, že by nebylo žádoucí teoreticky podepřít normové struktury strukturami nikoli normovými, tj. reprodukovat či rekonstruovat v původní formě proces argumentace, přeměněný v normové struktury. V politické teorii platí zásada: "Rozkaz není povinnost ničím neodůvodněná, není to žádná slepá síla, kterou nelze dovozovat rozumem, rovněž není absolutním začátkem, poněvadž pořádek jím vytvořený musí zapadat do existujícího pořádku".

(3) K zásadní nutnosti podepřít normové struktury strukturami nikoli normovými a k politickému požadavku uplatňovanému hlavně v socialistické společnosti, aby společnost chápala právo, přistupuje třetí prvek, jenž snad brál jistou úlohu již při utváření systému ministerských odůvodnění. Tímto prvkem je ona zdánlivě čistě praktická funkce ministerského odůvodnění, jak ji vyjadřuje jedna francouzská studie z minulého století, že totiž obě komory parlamentu jsou ušetřeny "nepříjemnosti ukvapených osnov, nedostatečně vypracovaných".

Hlubší, druhotný obsah této úvahy musíme ale spatřovat v momentu racionalizace úpravy vyjádřené v normových strukturách, a to ve dvou směrech. Když totiž legislativní pracovník musí odůvodňovat podklad pro rozhodování vyjádřený v normových strukturách, je nucen si jej několikrát promyslet. Předkládá totiž nejenom normové struktury abstrahované z efektivních společenských procesů, ale musí též pro jiné lidi účelně zdůvodnit svou volbu, a to tím, že objasní příčinné a hodnotové souvislosti obsažené v těchto normových strukturách. Účinek se projevuje i v dalším trvání normových struktur, neboť brání takové jejich interpretaci, která by do té míry odporovala argumentům a praktickým úvahám uplatněným při racionalizaci, že takový otevřený rozpor by již právní soustava nesnesla.

Potud je tedy ministerské odůvodnění institucí pro racionalizaci legislativy a nutí především zákonodárce morálně-politicky, aby zdůvodnil svou volbu před kompetentní veřejností; vázanost zákona samého spočívá v tom, že brání takové aplikaci práva, která přímo odporuje původním zámě-

rům. Tento poslední účinek se může projevit stejně při aplikaci práva u správních orgánů i v justici.

(4) Ministerské odůvodnění

(a) je především zásadním výkladem motivů vládního aparátu, jenž připravuje zákon a později je odpovědný za jeho provádění, za účelem přesvědčit sborový orgán státní moci, oprávněný rozhodovat o osnově, a to přesvědčit jej jako celek i jednotlivé členy;

(b) vzhledem k povaze orgánů státní moci jako lidových zastupitelských orgánů mluví současně i k celé společnosti jakožto budoucímu adresátovi předkládané zákonné osnovy. Vůči této společnosti má za úkol vytvořit půdu pro dobrovolné zachovávání zákona na základě přesvědčení;

(c) nezbytně musí mluvit též k pozdějším uživatelům zákona, k funkcionářům správy a justice odpovědným za jeho provádění;

(d) a mluví též k sobě samému, poněvadž vyzývá samo sebe k odpovědnosti, tj. k opětovnému promyšlení účelu ztělesněného v daném právním předpisu.

(5) Je zřejmé, že různí adresáti nemají zdaleka stejné nároky pokud jde o odůvodnění. Na jedné straně požadují všichni adresáti komplexní společenskopolitické a právní zdůvodnění, které by úpravu provedenou v normových strukturách objasňovalo v její plné hloubce a ve všech souvislostech; ale budou je používat v různé míře a do různé hloubky. Aby ministerské odůvodnění mohlo odpovídat tomuto komplexnímu požadavku, zdá se být i v maďarské praxi nejlepším řešením, aby bylo tradičně rozčleněno na dvě části, a to na část obecnou a na podrobnou část zvláštní, a to tak, že ve výkladu pozadí, pohnutek, vnějších a vnitřních souvislostí vystupuje společenskopolitický a právní moment vždy ve vzájemné shodě, přičemž je samozřejmé, že ve všeobecné části se zdůrazňuje společenskopolitická stránka, ve zvláštní části pak stránka právní.

Výklad společenskopolitických souvislostí může zásadně být podán pouze v zájmu zdůvodnění příslušné normy; jak vyplývá z naší první téze, je sotva možné ospravedlnit to, že ministerské odůvodnění obsahuje nové nor-

mové struktury, nebo normové struktury s modifikovaným významem. Objasněním skutečných společenských aj. souvislostí, které se "skrývají" v normových strukturách a odpovídají v socialistických zemích všeobecným právně politickým úvahám, ukazuje ministerské odůvodnění tyto normové struktury v jejich vnitřní účelnosti. Nemůže ale být žádným doplňkem, žádnou náhražkou normy, nebo - když norma o něčem vědomě mlčí - nemůže být inspirátorem nějakého oficiálního nebo polooficiálního způsobu nebo formy řešení.

(6) Abychom zdůraznili, že ministerské odůvodnění nemá charakter pramene práva, nýbrž legislativního materiálu (*travaux préparatoires*, legislative materials), musíme konečně přihlédnouti i k právně politickému požadavku, že má být zveřejněno odděleně od oficiální publikace příslušného pramene práva (v druhotných formách publikace atd.). To vidíme na řadě příkladů v západoevropských zemích a tak je tomu také v praxi socialistických zemí s výjimkou Rumunska.

III.

Ministerské odůvodnění a jeho význam při výkladu právních norem

Ve Švédsku, kde zástupci justice mají rozhodující úlohu při vypracování zákonných předloh, setkává se působení soudů na zákonodárce nutně se zpětným působením zákonodárce na soudy. Vzniká situace, že nejen zákonné osnovy, ale i jejich přípravné materiály a zdůvodnění osnov se vypracovávají s ohledem na jejich budoucí vliv na aplikaci práva. Proto mohou přípravné komise "považovat za přirozené, že je v jejich moci mluvit i ke členům soudu: to má již předem vliv na způsob sestavování zmíněných dokumentů. Jsou totiž vypracovávány s plným vědomím toho, že soudy a právníci budou tyto dokumenty studovat za účelem aplikace".

Nás nyní zajímá tato otázka: ministerská odůvodnění - ať již byla koncipována s ohledem na to, že k nim budou později přihlížet soudy, nebo byla pouze adresována zákonodárci - budou nezbytně v pochybných případech

souvisejících s aplikací práva budit pozornost těch, kdož aplikují právo a k řešení svých problémů by rádi měli nějaké vodítko.

Pokud jde o informace podávané "právními objektivacemi" nebo informace, jež se k nim vztahují, můžeme na jedné straně rozlišovat informace normativní a nenormativní, na druhé straně informace normativně hodnotící a nenormativně hodnotící. (a) Typický obsah textů právních norem je normativní informace o normě, poněvadž obsahuje normové struktury vybavené normativitou. (b) Typický text úvodů k právním normám (preamble) je naopak normativně hodnotící informace, protože obsahuje struktury jiné než normy, které jsou ale normativní. (c) Nenormativní informace o normě je typickým obsahem právně dogmatických textů, poněvadž obsahují nenormativní struktury norem. A konečně (d) nenormativní hodnotící informace je typickým obsahem ministerských odůvodnění, protože neobsahují struktury norem a rovněž nejsou normativní.

Již z této klasifikace vyplývá, že ministerské odůvodnění ani svou formou ani obsahem se nehodí k tomu, aby se jako aktivní činitel podílelo na působení práva ve společnosti. Tento závěr, tak kategorický, není přece jen nezvratný. Typický obsah ministerského odůvodnění, bez normových struktur a bez normativnosti, může mnohdy ve skutečnosti účinně působit na praktický průběh aplikace práva. Právě Lukács, jenž promýšlel názory Marxe, Engelse a Gramsciho na lidskou praxi jako základní kategorii společenského bytí, dospěl k závěru, že praxe má základní společensko-ontologický význam. Praxe a jí vytvořené umělé lidské konstrukce a formy objektivace jsou společensko-ontologické kategorie, které je třeba posuzovat ve společenské dialektice jejich funkce, nikoli na základě jejich správnosti z hlediska teorie poznání, jejich adekvátnosti atd. Společenská praxe a její objektivací formy tvoří jediný komplex, jehož patřičná funkce se nakonec opírá o adekvátní poznání skutečnosti - ale jako společenská kategorie rozhoduje převaha ontických rysů, nikoli rysů z oblasti teorie poznání.

Jak známo, musí být právo jako zprostředkující kategorie mezi jinými komplexy bytí v zájmu účinnosti zprostředkování odděleno od jiných komplexů a musí mít relativní autonomii a samostatnou sféru pohybu. To má za následek deformaci z hlediska teorie poznání, poněvadž to, co se v právu od-

reží, není bezprostředním ani teoretickým odrazem, nýbrž je vedeno prakticky cílevědomými úvahami, omezeno jeho vnitřní specifikou, potřebami a možnostmi. Tato forma se z hlediska teorie poznání může zdát deformovaná, je ale funkční, když uspokojuje vzájemně se určující procesy (mezi nimiž je nakonec rozhodující společenský celkový proces), a to procesy mezi právním komplexem a komplexy jím zprostředkovanými resp. mezi nimi a celkovým společenským komplexem.

Právo je v zásadě praktická kategorie - nejenom ve své objektivaci od-
dělující je od společenských poměrů, ale též ve své realizaci, zpětně působící na společenské poměry. Základní vnitřní rozpor práva je v tom, že ve své objektivací formě (aby poskytlo objektivně i formálně bezvadné měřítko hodnot k měření společenského chování usiluje o formální standard tj. o pevnou, psanou, formálně statickou formu vyjádření, avšak praxe na to různě působí (v zájmu funkce odpovídající příslušnému společenskému požadavku). Procesy realizace práva jsou předem determinovány dvojím způsobem: jsou na jedné straně pod vlivem historicky normativně kategorizovaných normových struktur, na druhé straně pod vlivem bezprostředních společenských činitelů, kteří během příslušné realizace těchto normových struktur aktuálně působí.

Zásadně lze tedy říci: existuje výlučně jen manipulované právo. Právo může jen tehdy zůstat zprostředkující kategorií totožnou se sebou samým, když se s ním manipuluje při jeho uplatňování v nutné míře a odpovídajícím způsobem. Přes svou relativní totožnost se sebou samým je právo, pozorujeme-li je z patřičné vzdálenosti, jisté stále se pohybující kontinuum uvnitř kterého závisí míra a způsob jeho vnitřního pohybu a jeho manipulace na vzájemných vztazích komplexu práva k jiným komplexům jím zprostředkovaným, v nichž posledním určujícím faktorem je celkový společenský proces.

Právo se tedy v zájmu své funkce prakticky podrobuje manipulaci, přičemž míra a způsob, směr a obsah této manipulace závisí na historicky konkrétně určených politických, právních aj. podmínkách. Přesto zůstává právo strukturou usilující o formální racionálnost, a proto zůstává historicky

platným požadavkem, aby i jeho praktická manipulace pokud možno byla formálně racionalizována. A právě v tomto bodu vystupuje do popředí úloha ministerského odůvodnění. Je pravda, že tu nejde o normativní text, rovněž ne o text s normovým obsahem, přesto je to však text spjatý se zákonnou úpravou, který díky svému oficiálnímu původu je také poněkud oficiálně zabarven. Vzhledem ke svému obsahu má velké vyhlídky stát se pramenem manipulujícího výkladu. Pokud jde o společenskou podmíněnost tohoto jevu, je obrat, jenž nastal během XIX. a XX. století nanejvýš poučný. Díky adekvátnosti právních institucí buržoazie odpovídal kapitalismu volné soutěže v 19. století historický výklad, jenž petrifikoval právo ve stavu jeho vzniku. Tento výklad akceptoval jako teoretický základ teorii vůle, hlásající shodu s historickou vůlí zákonodárce, a proto se rád při interpretaci obracel na přípravné materiály (tedy i na ministerské odůvodnění). Když to ale již neodpovídalo potřebám monopolistické přeměny a hledaly se cesty k uvolnění, byl teoretickou oporou průzkum příslušných hospodářských aj. zájmů, což vedlo k vážnému odmítnutí přípravných materiálů. Oproti svým předchůdcům tedy teoretikové nezdůrazňovali historické prameny, ale poukazovali na to, že stanovit smysl zákonného ustanovení na základě zdůvodnění je přehmat; ba sám prezident kasačního soudu ve Francii při oslavě stého výročí Code civil prohlásil: "Úkolem soudce není tvrdošíjně zkoumat, co myslel autor kodexu před stolety. Musí daleko spíše usilovat o to, co by bylo, kdyby byl musel koncipovat normu dnes".

Snaha osvobodit se od historických souvislostí práva předpokládá tedy úmysl osvobodit se od nadměrných přehmatů v používání ministerského odůvodnění při výkladu zákonů. "Nakonec by výklad zákonů - tak zní doznání - získal na jistotě a vážnosti, kdyby se mohl stát nezávislým na přípravných materiálech".

Právo o uskutečnění tohoto byl učiněn pokus v anglickém právu. Rozhodnutí ze XVI. století, které stanoví zásady výkladu zákona, mluví sice ještě o problému, který "common law" nevyřešilo, totiž že je třeba přihlížet k příslušnému rozhodnutí parlamentu, ale vývoj práva v XIX. století se proti tomu rozhodně uzavírá a zaujímá stanovisko, že "parlamentní debaty" a "referáty

komisí" před soudem jsou "nepřijatelné a jako důkaz ohledně úmyslu zákonodárce zcela bezcenné". Zákaz je tak kategorický, že se soudci dokonce ukládá prohlásit, že sporné řešení nemohlo být úmyslem legislativy, ačkoli z přípravného materiálu, který je po ruce, je naprosto jasné, že zákonodárce měl na mysli právě to.

Přesto se přípravné materiály tajně používají, což vyvolává v samotné ideologii o aplikaci práva neupřimnosti. Na to mívá výrok lorda Macmillana: "Přinejmenším se jich nelze dovolávat před soudem".

Podle všeobecné zásady anglického práva musí být každý psaný dokument vykládán podle svého znění.

Rozhodující pohnutku tažení proti používání přípravných materiálů soudcem je třeba hledat v tradiční konkurenci mezi soudy a parlamentem. Jde snad o to, aby se soud uvolnil od zákonodárce, mohl interpretovat zákon volněji opíraje se pouze o normové struktury zákonodárce.

Pokud jde o možnosti uplatnění či neuplatnění ministerských odůvodnění v praxi, ukazují sémantické výzkumy, že význam psaných textů se stává nezávislým na autorovi: opírá se o jazykovou objektivaci. Jazykový význam je v první řadě podmíněn tradicí a kontextem: jazykové znaky získávají v duchu příslušných jazykových zvykových konvencí při svém uplatnění tradiční významový úsek, jemuž se propůjčuje konkrétní význam, zúžený a omezený jazykovým kontextem. Proto je nesprávné chtít zjišťovat význam psaného textu pomocí úmyslu kodifikátora. Ale v okamžiku, kdy "tradiční" a "kontextová" definice nepopisuje význam dostatečně konkrétně, jednoznačně a jasně, zřejmě musíme hledat oporu jinde. Musíme také mít na paměti to, nač upozorňuje Lukács: jazyk jako zprostředkující kategorie nemůže mít nikdy takový význam, jaký je totální s konkrétním případem: jazykový význam může být nanejvýš všeobecně začleňující.

Náš závěr je proto dvojitý. Na jedné straně musí být význam normové struktury (spolu s obecnými a odbornými jazykovými konvencemi) určen samotnou normovou strukturou. Normativnost normových struktur vydaných záko-

nodárcem také neznamená nic jiného, než že vyžaduje od jejich adresátů výhradně chování odpovídající instrukcím obsaženým v těchto normových strukturách. Na druhé straně ale, když výraz obsažený v normových strukturách není z hlediska praktického uplatnění dosti jednoznačný, hledá praktik aplikující právo oporu i v jiných pramenech, aby mohl volit mezi danými možnostmi významu. Kdyby v daném případě oporu našel "ve vůli" nebo "v úmyslu" zákonodávce, je to verbální praxe, současně se v ní ale skrývá reálné jádro. Neboť to je ve většině případů "fiktivní nebo rituální, a zakrývá pouze nevyhnutelné tvůrčí rozhodování mezi několika možnostmi, které je nutné při jakýchkoli potížích s výkladem".

Když je prostudování ministerského odůvodnění užitečné, pak "může být úmysl zásadně důležitý, ne však proto, že odůvodnění jako takové je pro soudce závazné, nebo že při zjišťování významu slov má moc důkazů, nýbrž proto, že je povinností soudce použít každého prostředku k zjištění přesného významu textu, který se mu zdá být sporným". Na toto správné řešení poukazuje i švédská literatura, které považuje přípravné materiály za "druhotné právní prameny", za "druhotné směrnice", které zvyšují pravděpodobnost schválení Nejvyšším soudem, a právě proto zasluhují jako argumenty pozornost. Jejich teoretické pojetí nevystupuje s požadavkem konstruovat nějakou zdánlivou normativitu. Soudce nehledá při studiu přípravných materiálů odpověď na dogmatickou otázku: "Co je právo?", nýbrž by chtěl, když je nucen rozhodnout, zkoumat další opěrné body a zodpovědět otázku: "Kde najdu další směrnice?".

I když se ministerské odůvodnění stane případně institucí, není pro tento praktický význam vybaveno normativností. V literatuře bylo již dávno vysvětleno, že též nemůže být považováno za autentický výklad. Z toho plyne, že ministerské odůvodnění nemůže ani ze společenskopolitického ani právního hlediska právně podepřít výklad zákona. Nemůže vystupovat s požadavkem, že je vyloučen výklad, který by byl přímým nebo nepřímým vyvrácením toho, co je obsaženo v ministerském odůvodnění, ať již vyplývá z jeho argumentů, nebo pro jeho konkrétní konstatování.

З hlediska interpretační hodnoty není ministerské odůvodnění ničím jiným než potenciálním pramenem tzv. historické metody výkladu zákona, který díky své vlastní obsahové hodnotě může být více či méně relevantní a přesvědčující. Rozhodně ale není činitelem, který by měl monopol na určování smyslu zákonů, nebo který by vylučoval jiná hlediska, která zasluhují pozornost při argumentaci o významu zákonů.

Může se samozřejmě stát, že vládní aparát, který zákony připravuje, usiluje o to, přinutit správní nebo justiční orgány, které provádějí úřední výklad zákonů, aby se větší měrou přizpůsobily historickým pohnutkám, úvahám a zaměření ministerského odůvodnění. Posoudit takový postup je ale věc principiální povahy a přesahuje rámec naší studie. Posouzení jeho konkrétních forem patří do sféry právní politiky. Jeho popis může být úkolem sociologie, která se zabývá mechanismem působení různých komponent rozhodnutí, přijatých uvnitř organizačního rámce.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОСТЬ И ЕГО ОТВЕТСТВЕННАЯ СОЗНАТЕЛЬНОСТЬ: МИНИСТЕРСКАЯ МОТИВИРОВКА ЗАКОНОПРОЕКТА И ЕЕ ПРИНЦИПИАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ

Чаба Варга

Резюме

Теоретическая основа возникновения института министерской мотивировки заключается в том, что объективационные формы, характерные для письменного права, — структуры норм — уже только в прекращенно сохранённой форме содержат каузальные и телеологические отношения, лежащие в их основе, и поэтому в интересах убеждения в рациональности структур правовых норм, поэтому те мыслительные процессы, которые приводят к оформлению данных структур норм, надо закреплять и воссоздавать с помощью выражения, не входящего в структуры. В историческом аспекте рассматриваемый институт возникает тогда, когда во время развертывания буржуазно-либерального парламентаризма под знаком разделения государственной власти раздвоились в процессе законодательства функции подготовки законопроекта и принятия закона. Министерская мотивировка является средством убеждения, направленного к законодательной власти, вершащей судьбы законопроекта, и в идейном смысле поддерживающего законопроект. Политическая система социализма признает разделение этих функций не противоречием, а только как относительно разобщенные стадии разделения труда, поэтому здесь функцией министерской мотивировки является лишь рационализирующее оправдание законопроекта перед собой и перед обществом. Мотивировка может играть значительную роль в толковании закона, но ее нельзя считать аутентической или имеющей нормативный характер. Практическая роль министерской мотивировки законопроекта и принятия закона зависит только и исключительно от своей внутренней убедительности, а также от соответствия перечисленных в ней соображений, как исторических мотивов, с общественными установлениями, осуществляющимися во время применения закона.

PREAMBULE - OTÁZKA PRÁVNÍ VĚDY¹⁾

Dr. Csaba V a r g a , CSc.

Ústav pro státní a právní vědy Maďarské akademie věd

I. Pojem preambule. - II. Obsah a funkce preambule. - III. Normativní obsah obsahu preambule. - IV. Problém odůvodněnosti preambulí z hlediska socialistické právní politiky.

Úvodní formy legislativních aktů se vyvinuly souběžně se vznikem písemné formy právních předpisů v počátečním období vývoje práva. Přesto první kodifikace práva, tj. kodex Bilalamy, krále Esnunny, jež byla usku-
tečněna kolem roku 2 260 před naším letopočtem, neměla, pokud je známo, žádnou preambuli. Jednou z nejvýznamnějších a nejvlivnějších kodifikací starověku byl kodex Chammurapiho asi z roku 1694 před naším letopočtem. Tento kodex měl předmluvu a končil epilogem. Předmluva byla náboženským úvodem v oslavné formě, v básnické mluvě; tím, že poukazovala na poslání, velikost a činy panovníka, měla vytvořit rámec pro vyhlášení těchto právních předpisů. První psaná smlouva, které se nám dochovala, byla uzavřena Ramsesem II. a princem Chetou ve 13. století před naším letopočtem. Také ona měla preambuli, a také kodex Maniho, sepsaný ve 3. století před naším letopočtem, měl úvodní část ve své první kapitole. V ní byla zakotvena posvátnost systému kast a jeho nadpřirozený původ, tlumočený božskou osobností Maniho.

1) Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, Tomus 13/1-2/pp.101-128/1971

Preambule jako právní forma, jako jedna z metod, jak vyjádřit normativní formou legislativní úvahy a záměry, žije svůj zvláštní, často zjevně autonomní život přes tři a půl století, během nichž často přispěla k prosazení revolučního práva a někdy se stala běžným prvkem legislativní techniky. V určitých případech je preambule určena k tomu, aby osvětlila společenské faktory právní úpravy, nebo aby odhalila úvahy, z nichž zákonodárce vychází. V jiných případech obsahuje základní ustanovení politického programu, vztahující se na celý život společnosti. Kromě toho ve výjimečných případech je preambule nástrojem analýzy problému zajímavého z politických a právních stránek. Často se problém úvodů u právních norem jeví jako okrajový, bezvýznamný a zanedbatelný jev v oblasti právní vědy. Preambule opravdu vystupují do popředí zájmu jen zřídka; zpravidla jen výjimečné řešení problémů v oblasti úprav ústavní povahy nebo smlouva základního významu vyvolá zájem o otázku možného významu preambulí. Proto je vědecká literatura pojednávající o úvodech k legislativním aktům především příležitostné povahy. Přesto všeobecné používání různých úvodních forem a teoretické a praktické problémy jejich dosahu při uskutečňování politiky a řešení konkrétních otázek odůvodňují, podle mého názoru, komplexní analýzu řady problémů preambulí v monografické studii. Ve světle řady problémů souvisejících s problematikou preambulí lze totiž ukázat, že jevy, které jsou považovány za druhořadé, mohou být předmětem studií, které se dotýkají vědeckých a významných teoretických problémů zásadní povahy.

Tato studie pojednává o obecných teoretických otázkách preambulí. V daných mezích nezamýšlíme pojednávat zvlášť o historickém vývoji formy preambulí, ani o současné praxi formulace preambulí a o úvodech k ústavám, hlavně proto, že autor této studie již podal analýzu těchto otázek do dostatečné hloubky ve svých předcházejících pojednáních. V této studii, jež má povahu přehledu, budou především zdůrazněny společné rysy, zejména proto, že jsme toho názoru, že u preambulí k různým typům normativních aktů jde o otázku různých forem projevu a aplikace, u nichž se projevují tytéž základní rysy daného technického legislativního řešení.

I.

Pojem preambule

Podle nejobecnější formulace je preambule "úvodní část, jejíž podstatou jsou údaje politického a faktického rázu", které stojí v čele právního předpisu a jež "obsahuje důvody, které vedly k přijetí uvedeného právního předpisu; poukazuje konečně na cíl, na který je právní úprava zaměřena. Jinými slovy tedy má úvodní část z hlediska normativní části právního předpisu povahu deklaratorní a motivační". Tyto a podobné definice, jež obecně zdůrazňují strukturální postavení preambulí a pojednávají o nich jako o části zřetelně odlišné od ustanovení normativních, zdůrazňují dále často jejich slavnostní a nadnesený tón a zejména zvláštní rysy jejich obsahu vyplývající z toho, že jejich funkcí je uvádět právní předpis. Tyto definice zpravidla přesně popisují rysy, jež jsou charakteristické pro většinu úvodů k legislativním opatřením. Přesto, vzhledem k početným okrajovým případům, s nimiž se setkáváme v legislativní praxi, tyto definice nebudou vyhovovat, půjde-li o to postihnout jasně a přesně různé specifiky.

Jestliže přistupujeme k řešení tohoto problému, zdá se, že je nutno vycházet ze skutečnosti, že se během historického vývoje vyvinula určitá rozšířená a obecně uznávaná technická pravidla pro vyjádření legislativních záležitostí, vyhovující praktickým zájmům a vyvozená z praktických zkušeností; nicméně je zásadně v moci zákonodávce rozhodnout, zda bude či nebude tato pravidla zachovávat a tak, při nedostatku přiměřeného právního omezení, může nakonec samostatně rozhodnout také o formálních a obsahových prvcích právního předpisu, který vydává. Tato okolnost způsobuje někdy ve svých důsledcích nesmírnou rozmanitost a různorodost legislativní praxe.

Zákonný předpis může být uspořádán do oddílů nebo článků, nebo může mít neformální strukturu. Při neformální struktuře právního předpisu se často střídá normativní obsah s nenormativním a navíc dokonce se stává, že v normativní části opatření, jež se člení do oddílů a jež je opatřeno samostatnou preambulí, jsou jednotlivá ustanovení smíšena s různou náplní nenormativní, zdůvodňující povahy. Někteří autoři jsou toho názoru, že je možno

preambuli zjistit i tam, kde v důsledku neformální struktury zákona nelze rozlišit jeho strukturální dělení. Jiné spojují existenci preambule především s jejím samostatným obsahem ve vztahu k normativní části. Jugoslávští teoretikové v oboru ústavního práva posuzují (v ústavě z r. 1963) jako preambuli to, co je nazýváno Úvodní část, jež následuje po vlastním úvodu, a to pouze proto, že tato část obsahuje obecné zásady a cíle ústavy.

Obecné definice preambulí tedy v podstatě vycházejí z obecné charakteristiky úvodů k legislativním aktům, jež se hromadně vyskytují, nebo z ideálního typu preambule, a aplikují kombinované kritéria. Naproti tomu pokusy o definici, které berou v úvahu také netypické, okrajové případy, svědčí o existenci opačného přístupu k řešení problému. Podle formálního hlediska musí být jako preambule posuzován každý text, který ve zřetelné formě předchází normativní části právního předpisu, zatímco při obsahovém hledisku mohou být jako preambule kvalifikovány jen texty, které svým obsahem plní funkci úvodu. Jestliže tato možná východiska chápeme jako **n o m i n á l n í d e f i n i c e**, možno říci, že v podstatě všechny mohou být stejně oprávněné, neboť všechny ve stejné míře odpovídají etymologickému smyslu pojmu "preambule". Avšak bezpodmínečné přijetí obsahové definice by znamenalo, že každý ustálený způsob vyjadřování bez jakéhokoli konkrétního, vymezitelného obsahu, bez jakéhokoli vztahu k dané právní úpravě, nebo jen ve vztahu velmi abstraktním nebo nepřímém, musela by být kvalifikována jako preambule. Naproti tomu výlučné uznání formální definice by znamenalo, že preambuli by bylo třeba hledat v první části právního předpisu, v první větě při neformální struktuře právního předpisu, popř. v části této věty.

Rozbor nás tuziž vede k závěru, že nominální východiska jsou jednostranná a i při této jednostrannosti musí vést k velmi neurčitým definicím. Na druhé straně obecné kombinované definice nedávají jednoznačnou odpověď na okrajové případy a jsou příliš úzké, pokud jde o obsahové rysy a nároky. Proto na podkladě historického a srovnávacího studie legislativní praxe lze podle mého názoru přijmout pouze definici, přijatelnou aspoň z pragmatického hlediska, které stejně zahrne svou šíří historicky vyvinuté úvodní formy, vyzdří jejich obecné a skutečné společné prvky

a současně, nehledě na rozbor obsahu úvodů posuzovaný jako ideální, vzor-
ný nebo žádoucí, se jeví jako vhodná pro skutečné vymezení jevů, které
spadají do jejího rámce a pro řešení okrajových případů. Podle toho je
p r e a m b u l e část textu legislativního aktu, jež je umístěna v je-
ho čele, ve struktuře normativního aktu je formálně oddělena od všech ná-
sledujících částí (bez ohledu na to, zda mají přímý normativní obsah či
nikoli) a má obsah vztahující se přímo a konkrétním způsobem k celé práv-
ní úpravě nebo její části.

Jak vyplývá z toho, co bylo uvedeno shora, navrhované definice prak-
tický zahrnuje dvě nezbytné podmínky (sine qua non). V souladu s formálním
kritériem může být kvalifikována jako preambule pouze část textu právní
normy, která je strukturálně a formálně oddělena a umístěna do čela normy.
Tato podmínka zaprvé vylučuje ze sféry pojmu preambule úvodní věty formál-
ně nebo strukturálně nečleněných legislativních aktů, a za druhé vylučuje
možnost toho, co je označováno jako "dvojitá preambule", tj. takovou preambu-
li, jakou by předpokládalo označení části jugoslávské ústavy z r. 1963 ja-
ko "Úvodní část - Základní zásady". I když převážná část preambulí je cha-
rakterizována, na rozdíl od formulace následujících částí normativního ak-
tu, volnějším stylem, méně strohou dikcí, často zdůvodňujícím tónem, slav-
nostními, mobilizačními a propagačními rysy a rétorickými efekty, tento
charakter nemůže být posuzován jako nezbytná podmínka různých úvodních fo-
rem; rovněž není pojmovou a tudíž nezbytnou podmínkou preambule, aby sku-
tečně plnila specifické, úzce vymezené funkce úvodu. Obsahové kritérium
specifikované v definici obsahuje pouze minimální požadavek, tj. že obsah
preambule se má v přímé a konkrétní formě vztahovat k celé právní úpravě
nebo její části. Tato podmínka nestanoví žádná omezení autonomnímu obsahu
normativního aktu nebo bohatství prvků obsažených v úvodcích právních před-
pisů. Naproti tomu vylučuje ze sféry pojmu preambule stereotypní "králov-
ské" schvalovací úvodní formule poukazující na zdroj právní opory, obecné
nebo speciální právní zmocnění, jak je obvyklé v řadě států, často formál-
ní odkazy na příkaz hierarchicky nadřazeného orgánu, nebo úvodní slova ob-
sahující stylistické obraty apod.

II.

Obsah a funkce preambulí

Z vymezení obsahu a funkcí preambulí lze vyvodit následující dva přímé závěry: jednak úvod k legislativnímu aktu může být nástrojem k vyjádření nejrozmanitějšího, různorodého a téměř libovolně bohatého obsahu a funkcí tak, jak si zákonodárce přeje; za druhé preambule nemají žádný specifický, blíže vymezený jednostranně nebo mnohostranně zaměřený obsah nebo funkční rysy, jež by vždy a nezbytně tvořily jejich pojmový prvek a byly pro preambule charakteristické. Jak již bylo objasněno, podle mého názoru, není nezbytnou podmínkou, aby obsah úvodu byl funkčně sekundárního rázu ve srovnání s následujícími částmi. Vzhledem k nedostatku patřičné úpravy zákonodárce určuje dle svého volného uvážení, jaký obsah v určité formě má být vyjádřen, a takto se mohou vyskytnout - i když výjimečně - případy, že obsah preambule a následujících částí, jež se zpravidla posuzují jako normativní části, se jeví, pokud jde o obsah a funkci, jako rovnocenné. Tak tomu bude v těch případech, kde zákonodárce ve formě úvodu zajišťuje samostatné řešení v oblasti odlišné od ostatního obsahu právní normy. I když v mnoha případech lze diskutovat o správnosti nebo vhodnosti této formy, nelze jí upřít charakter preambule.

Avšak tato volnost postupu v oblasti legislativní činnosti, omezená pouze vyšší normou, doznává v průběhu vývoje, se zřetelem na společenský obsah této aktivity, pozoruhodných omezení, jak co do vývoje obsahu, tak formy právních předpisů. Pokud jde o právní formu, projevuje se tento společenský vliv jednak ve vývoji směrnic vydávaných v oblasti legislativní techniky, vycházejících ze společenských zkušeností a možností aplikace těchto směrnic v praxi, jednak v cílevědomé legislativní činnosti zaměřené na efektivní úpravu. A tak je často svoboda v oblasti tvorby práva ve skutečnosti pouze zdánlivá, pokud jde o určování právních forem. To platí též o formách preambulí, kde v praxi se nevytváří jejich libovolné, neomezené a chaotické množství. Toto umožňuje klasifikaci hlavních typů preambulí, které se během právního vývoje a vývoje legislativní techniky vy-

tvořily, a umožňuje to vědeckou analýzu základních obsahových prvků a funkcí preambulí na obecné úrovni.

Dřívější klasifikace, pokud jde o analýzu typického obsahu preambule, rozlišovala historickou část, teoretickou část a část zahrnující rozbor důsledků právní úpravy ve vztahu k jejímu cíli. Klasifikace známá v maďarské právní literatuře vychází z jiných úvah. Podle ní může preambule zahrnovat hodnocení ve vztahu k cílům, k funkčnímu a historickému významu právního předpisu, obecné zásady výkladu právního předpisu a pravidla postupu zajišťující realizaci. Tato klasifikace seskupuje obsah nejčastěji se vyskytujících preambulí vhodně a odůvodněně. Nicméně obraz, tak jak se v ní jeví, je nanejvýš schématický, neuspořádaný, nezobrazuje různost forem preambulí v patřičné míře. Pokus o klasifikaci na podkladě analýz současné maďarské legislativní praxe byl zaměřen komplexně na popis hlavních typů úvodů k legislativním aktům za použití kombinovaných kritérií, avšak neposkytl odpovídající základ klasifikace. Já se však domnívám, že povaha materiálu, jenž byl do klasifikace pojat, tento pokus neumožňuje. Vycházelo se vlastně z toho, že A) zpravidla krátké, tzv. jednoduché preambule, které uvádějí a) předmět, b) cíl, c) důvod úpravy, jsou homogenního obsahu a podle toho jejich vlastní, i když ne vždy úplnou funkcí je zpravidla informovat dotčené subjekty o některých úvahách, z nichž vycházel zákonodárce. Naproti tomu B) zpravidla delší, tzv. složité preambule, jsou nositeli různorodého obsahu a ve většině případů specifický charakter obsahu těchto preambulí s zaměřením informace, které je jejich obsahem, přestává mít prvořadý význam. Co zde má význam, je praktický účel a bezprostřední účinek, jež měl na mysli zákonodárce, a jenž měl být objasněn základní informační funkcí, t.j. jde o konkrétní funkci, kterou měl plnit složitý úvod zahrnující různé obsahové prvky. Pokud jde o konkrétní funkce preambulí, jdoucí nad rámec informací, lze preambule rozlišovat podle toho, zda obsahují a) obecné zdůvodnění, b) mobilizující nebo propagační náplň, c) slavnostní deklaraci nebo d) normativní úpravu. Ve většině případů není vztah mezi konkrétními funkcemi, jež jsou složité preambule charakteristické, rozporný nebo vzájemně se vylučující, avšak funkce nejsou ve vyhraněném hierarchickém pořadí, často je jejich vztah konkurenční, což

je patrné u příslušných konkrétních řešení ve větší či menší gradaci druhých funkcí. Avšak pokud jde o úvody k ústavám, často se vztah mezi konkrétními funkcemi bude jevit jinak. Z praktických důvodů mají preambule k ústavám slavnostní úvody a jejich případný obsah motivační, propagační nebo přímo normativní, je zpravidla vyjádřen výraznou formou; ve srovnání s těmito funkcemi je slavnostní deklarace na téže úrovni.

Funkce charakteristické pro preambule se tedy často překrývají a přesné hodnocení jejich vzájemného vztahu bude se někde jevit jako strojené. Avšak v každém případě jejich společným rysem je informace, jež může být označena jako jejich základní funkce. To znamená, že zpravidla informace ve srovnání s hlavními funkcemi má úlohu nástroje, tj. jeví se jako funkce nástroje s výjimkou případu preambulí jednoduchého obsahu, kde se informace jeví jako základní a hlavní funkce. Ale je též zřejmé, že základní informační funkce je nejen charakteristická pro úvody k právním předpisům, ježto informace je nutně a výlučně nástrojem normativní funkce právních předpisů, že jde o právní text s normativním obsahem.

Avšak podle své povahy zahrnují právní texty normativního obsahu pouze pravidla jednání, přímé direktivy pro jednání, a v důsledku toho bude platit při generalizaci principů zásada, že "le droit n'est que la superstructure composée des voies et moyens d'exécution des buts inexprimés" ("právo je jen složitá nadstavba metod a prostředků k realizaci nevyslovených cílů"). Naproti tomu lze říci, že preambule ve své většině zpravidla obsahují hodnotící úvahy vymezující pojmy a vyjadřující cíl úpravy. To ukazuje na dva, svým charakterem rozdílné trendy základní funkce, informační, shora označené jako společné všem funkcím. Funkcí operativních částí legislativního aktu je vymezit obligatorní, dovolené nebo zakázané jednání za stanovených podmínek, jakož i stanovit příslušné sankce. Avšak zpravidla operativní části legislativního aktu neuvádějí přímé a výslovné informace, pokud jde o důvody a účel úpravy. Přesto, že rozbor normativních ustanovení zpravidla umožňuje praktické závěry o tom, z jakých úsudků se vychází a jaké jsou důvody úpravy, přesto tyto závěry pochopitelně jsou zčásti nejednoznačné, dále normativní vyjádření samo vylučuje jakýkoli pokus o takový postup, ježto

zde není jednosměrná, přímá a výlučná shoda mezi hodnotící úvahou a normou. Cíle a prostředky samy o sobě nejsou nikdy ve vzájemně ekvivalentním a vzájemně zaměnitelném vztahu. Proto v případech (které jsou v praxi výjimkou), kde zkoumání obsahu normy neposkytne podklad pro závěry o cílech právní úpravy v mezích pravděpodobnosti, i když z politických nebo právně politických důvodů, nebo prostě pro úspěšné uvedení normy v platnost je to nutné, bylo by třeba, aby zákonodárce současně s právní úpravou formuloval její cíle a takto odůvodnil vlastní rozhodnutí ve vztahu ke společnosti, a tím také přispěl k vědomému a účelnému uvedení normy v platnost. Obsah normy vyjádřený vhodným způsobem dává dostatečný právní podklad pro její provádění. Ovšem zákonodárce má patrně na mysli vědomé, dobrovolné podřízení se právní normě za účelem zabezpečení efektivnosti úpravy. Za tím účelem zpravidla informuje dotčené subjekty o úvahách, z nichž vychází, o důvodech svých opatření a záměrech.

Legislativní hodnocení společenských faktorů, řešených v kontextu právní úpravy, bude tedy tvořit nejobecnější a nejčastější obsah preambulí a takto určovat povahu a směr základní informační funkce, která je rysem preambulí. Výjimku tvoří čisté typy úvodů k legislativním opatřením obsahující pouze označení předmětu (A/a) nebo pouze obsah právního předpisu (B/d). Z této skutečnosti vyplývá, že specifické, charakteristické hlavní funkce preambulí se jeví jako funkce nadbytečné.

III.

Normativita obsahu preambule

Předcházející úvaha se zakládala na logickém odloučení hodnotících úsudků a norem, vyjádřených jednak v hodnotících formulacích, jednak ve formulacích normativních. Ale hodnocení, jež je podkladem normy vyjádřené v právní formě a jež vymezuje její cíle, zdaleka netvoří pouze obsah typických preambulí. Vzhledem k funkční roli preambulí je možno přímé hodnocení objevit mimo jiné v odůvodnění legislativních opatření a jiném přípravném legislativním materiálu. Ačkoli tyto texty mají často stejný nebo podobný

obsah, přes zdánlivou úplnou identitu jejich základních funkcí, jsou podstatně odlišné, pokud jde o jejich úlohu a důsledky. Zdůvodnění legislativních opatření a jiné přípravné materiály nemají totiž žádný normativní charakter.

Na rozdíl od normativního dosahu norem lze mluvit zde o hodnotě interpretační, neboť dispozice těmito materiály a jejich aplikace jsou ovlivňovány pouze jejich vnitřní hodnotou a přesvědčivostí. Naproti tomu hodnocení vyjádřená v preambulích právních předpisů jsou vydávána v právní formě jako součásti legislativních aktů, a jde tudíž o hodnocení formulované normativní formou, tj. jako normativní hodnotící informace.

V literatuře pojednávající o otázce preambulí se často setkáváme s požadavky na legislativní techniku, aby preambule neobsahovaly žádná normativní ustanovení. Kromě toho v souladu s anglosaskou právní doktrínou a podle velkého počtu soudních rozhodnutí úvod nikdy nemůže představovat "operativní" část právní normy. Jestliže však preambule má normativní obsah, pak "operativní" povaha tohoto obsahu bude uznána prakticky téměř jednomyslně. Je znám pouze jeden autor, jenž od samého začátku odmítá normativní povahu preambule bez ohledu na její obsahové prvky, a to z toho důvodu, že tento obsah je vyjádřen právě formou preambule. Podle tohoto názoru v praxi tvorby ústav možno rozeznávat dva druhy preambulí, a to preambule jednoduché a preambule kvalifikované. Ústava neklade zvláštní důraz na právní hodnotu jednoduché preambule. Proto lze diskutovat o tom, zda má taková preambule vůbec nějaký význam. Preambule takového typu mají francouzské ústavy z let 1946 a 1958. Existují ústavy, které vyjadřují kvalifikaci preambule. V podrobných ustanoveních takových ústav je stanoveno, že preambule patří k textu ústavy a je její součástí. Jestliže taková praxe bude pokračovat, stanou se preambule také pramenem práva. Potom preambule na straně jedné bude mít účinnost normy v otázkách speciálně neupravených v ústavě, na druhé straně bude musit být považována při interpretaci právních pramenů za předpis nižší než je ústava. Pokud jde o nekvalifikované preambule, jsou mimo rámec ustanovení ústavy. Proto i omezení spojená s výkladem jsou sporná. Pokud jde tedy o normativní dosah úvodu k legislativním opatřením, závěry zde

citované činí rozdíl nikoliv podle jejich obsahu, avšak podle jiného hlediska; vnější forma nepochybného právního charakteru kvalifikuje obsah preambule jako právně závazný či nikoliv. V této koncepci se konečně zračí názor, že je třeba "kvalifikace" ze strany systému právních norem, jeho zvláštního ustanovení, aby obsahový systém preambule, jako systém posuzovaný mimo soustavu pozitivního práva, mohl se stát součástí nebo prvkem pozitivního práva a tak nabyl normativní charakter tohoto práva. Toto ovšem znamená vážné snížení právní povahy preambule, neboť zásadně příslušné opatření může změnit každý text, politický nebo jiný, v organickou součást právního řádu. Já se však domnívám, že toto pojetí problému by mohlo být odůvodněno jen tehdy, jestliže by norma vyššího hierarchického stupně vyloučila normativní účinnost preambule, buď přímo nebo tím, že zakáže používat úvod k právním předpisům. Všeobecně platí, že - je-li legislativní akt jinak ve shodě s podmínkami formulovanými pozitivním právem - počínaje dnem účinnosti, nabude celý text právní účinnost a potenciálně také preambule nabude normativní význam v tom rozsahu, v němž ho nabyly ostatní části legislativního aktu. Z tohoto hlediska právní předpis o právní účinnosti obsahu preambule bude mít v podstatě vždy duplicitní charakter, ačkoli požadavek právní jistoty a nepříznivé zkušenosti z praxe mohou to někde odůvodňovat. Ovšem ustanovení tohoto typu teoreticky nemají větší platnost nežli právní norma, která stanoví povinnost zachovávat nebo respektovat normy obsažené v určitém právním předpise, tj. závaznost normy již platné.

Proto obecný výrok, podle něhož "právní předpis musí se číst jako celek a preambule je nedílnou součástí právního předpisu jako jeho normativní část" vede k závěru, že hodnotící obsah preambule právního předpisu se projeví jako hodnotící informace a v důsledku toho se její případný normativní obsah projeví jako normativní informace. Takto lze jak v mezích legislativní sféry, tak mimo ni činit rozdíl mezi různými hodnotami a typy informací a formulací. Pro pojmové vymezení jsou hlavní rysy tohoto rozlišování uvedeny v tabulce na str. 80 a 81. Ale normativní dosah informace obsažené v preambuli a její praktické realizace závisí na předpokladech obsahu, na obsahových složkách úvodu a na povaze a charakteru těchto slo-

FREKVENCE VÝSKYTU PREAMBULÍ V PRÁVNÍCH NORMÁCH VYHLÁŠENÝCH
V MAĎARSKÉM ÚŘEDNÍM LISTĚ

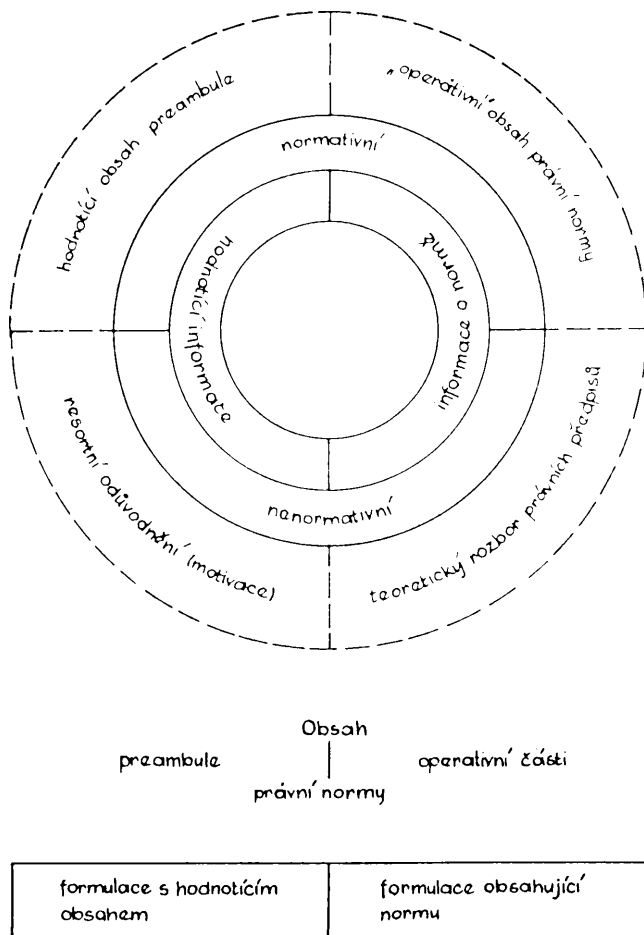
Rok	Počet vyhl. norem (data zaokrouhl.)	Procento práv. norem obsahujících preambuli		
		krátkou	dlouhou	úhrnem
1953	200	9	12	21
1954	325	17	8	25
1955	330	11	9	20
1956	300	13	12	25
1957	410	13	8	21
1958	370	7	6	13
1959	350	10	5	15
1960	310	8	3	11
1961	270	7	4	11
1962	300	3	3	6
1963	170	4	4	8
1964	250	3	4	7
1965	240	5	-	5
1966	190	15	5	20
1967	360	15	3	18
1968	380	12	3	15
1969	380	16	4	20

Tabulka č. II.

FREKVENCE VÝSKYTU PREAMBULÍ V PRÁVNÍCH NORMÁCH VYHLÁŠENÝCH V ÚŘEDNÍCH
LISTECH (SBÍPKÁCH) EVROPSKÝCH SOCIALISTICKÝCH ZEMÍ V ROCE 1964

Země	Úřední list (sbírka)	Počet vyhláš. norem (data zakrouhlena)	Procento práv. norem s preambulí		
			krátkou	dlouhou	úhrnem
Rumunsko	Buletinul Oficial	-	-	-	-
Polsko	Dziennik Ustaw	320	1	-	1
Jugoslávie	Službeni List	750	-	1	1
Maďarsko	Magyar Közlöny	250	3	4	7
Československo	Sbírka zákonů	210	6	6	12
Bulharsko	Državen Vestnik	360	10	5	15
NDR	Gesetzblatt der DDR	570	5	14	19
SSSR	Vědomosti verchov. sověta	10	-	25	25
NDR (podrobně)	Gesetzblatt der DDR				
	Teil I.	20	-	25	25
	Teil II.	410	6	13	19
	Teil III.	140	8	6	14

žek. Normativní dosah obsahu preambule bude tedy mít význam a stane se praktickým, pokud to dovolí její obsah.



Obr. 1. Vztah normativní a nenormativní informace o normě a o hodnocení, a jejich výskyt v obsahu zákonoděrných opatření

Jak je známo, úprava stanovená právní normou se realizuje zavazujícími, povolujícími nebo zakazujícími výroky, tj. způsobem, jak zákonodárce za jistých podmínek kvalifikuje určité jednání jako obligatorní, povolené nebo zakázané, garantuje právo určitým způsobem jednat, nebo nejednat, nebo zabezpečuje stejné předpoklady k tomu, aby bylo či nebylo tak jednáno. V praxi jen velmi malý počet preambulí k legislativním aktům má takový obsah. Právní účinnost těchto preambulí je mimo pochybnost. Mohou být přímo podkladem a zdrojem práv a závazků, a v důsledku toho být přímo použity za předpokladu, že byly vyjádřeny vhodným způsobem a že jejich aplikace nepředpokládá další legislativní opatření s vykonatelným charakterem. Ovšem praktický význam těchto preambulí s přímým normativním obsahem je relativně malý. Je tomu tak zčásti proto, že - i když dříve uvedené podmínky jsou splněny - ustanovení těchto preambulí zpravidla jsou *leges generales*, jejichž skutečná aplikace je často úplně vyloučena následujícími částmi aktu (uváděného touto preambulí) s charakterem *leges speciales*. Dále úvody k právním předpisům s normativním obsahem většinou obsahují neúplnou úpravu, jež nepripouští přímou aplikaci. Ale není funkcí většiny preambulí, kvalifikovaných jako úvody s normativním obsahem, aby samy přinesly právní úpravu, nýbrž aby přispěly určitými prvky právní úpravy, nebo dílčím zdůvodněním k právní úpravě obsažené v právním aktu jako celku. I když podle určitých obecnějších formulací "připomínka úspěchů znamená současně pravidlo jednání, závazek jednat určitým způsobem ...", když odhalíme symbolický prvek skrytý v těchto a podobných obratech a anticipujeme rozhodující prvky našich následujících závěrů, možno říci, že normativní účinnost hodnocení vyjádřeného ve formulaci právního předpisu, převážně v preambuli, bude se ve všech případech a výlučně projevovat ve zprostředkované formě, ve vztahu k výkladu předpisu souvisící s uvedeným hodnocením, avšak účinným způsobem. Čili přesněji řečeno normativní účinnost hodnotící informace může být realizována právně relevantním způsobem s právními důsledky pouze tehdy, pokud právní řád obsahuje právní normu, k níž může být hodnotící informace objektivně vázána. Mimoto praktický význam normativního dosahu hodnocení obsaženého v preambuli, tj. normativní význam preambule, je zřejmě úměrný jejímu hodnoticímu obsahu, v téměř rozsahu, jako je hodnocení přiměřené výkladu

legislativního aktu nebo skutečným myšlenkovým procesům u lidí, jichž se vše týká. Často se hodnocení dané zákonodárcem v normativní formě stává klíčem k pochopení právní normy a takto též k jejímu výkladu a aplikaci. V jiných mimořádných případech, jestliže preambule je velmi lakonická nebo naopak jestliže její obsah se jeví z hlediska právního řádu, popř. i téhož právního předpisu, jako duplicitní, lze hodnocení považovat za méně významné.

Zvláštní místo mezi úvody k právním předpisům zaujímají preambule k ústavám. Také u těchto preambulí bude možná realizace a uplatnění normativní účinnosti hodnotícího obsahu v rámci práva pouze v souvislosti s ostatními částmi právní soustavy a s výkladem norem pomocí tohoto obsahu. Proto když je zdůrazňován politický a morální význam preambulí k ústavám, bylo by třeba také zdůraznit, že sice v tomto obsahu se projevuje normativní hodnocení ze strany tvůrce ústavy, ale samy o sobě se preambule nemohou projevovat jako zdroj práva a závazků. Ve formálním smyslu je jejich porušení logicky nemožné. Tedy připomínka úspěchů, výklad sociálních principů nebo politických cílů, formulované jako hodnocení, neznamenají a nemají za následek přímý formální závazek směřující k zachování, uplatňování nebo rozmnožování uvedených hodnot, cílů apod. Je tomu tak proto, že hodnocení není normativní kategorií, hodnocení a norma nejsou vzájemně zaměnitelné na způsob logického ekvivalentu. V důsledku toho transformace hodnocení v normu bude ve všech případech předpokládat tvůrčí aktivitu v přesném smyslu. Často však může mít normativní hodnocení význam také pro tvorbu i aplikaci práva a přímo může ovlivnit normu.

I když hodnocení a norma nejsou, jak již bylo objasněno, v přímém vzájemném vztahu shody, představuje hodnocení zřejmě určitou "genetickou příbuznost" ve vztahu k normě. Tím, že se vloží do těchto vztahů složitý tvůrčí proces poznání, umožní se tak dialektický přechod od hodnocení k normě. Jak je totiž známo, vede vyhodnocování geneticky, epistemologicky a logicky přes podmíněné kauzální úvahy k normě prostřednictvím úvah na podkladě soustředění společenských zkušeností. Předpokládá se

poznávací a hodnotící aktivita směřující k příčinnému vztahu mezi materiálními výsledky, jevícími se v cílové koncepci hodnotících závěrů, a mezi zpracováním materiálních výsledků, které se objevují jako zřetelný cíl v normě. To prokazuje způsobnost tvůrčí aktivity cíl realizovat. Není totiž v žádném případě jedinou hlavní funkcí normotvorby a jiné organizační činnosti vymezit hodnoty, jež mají být chráněny, a předem uvážit výsledky, jichž má být dosaženo, tj. formulovat cíle, nýbrž také vybrat postup, jenž k dosažení těchto cílů přichází v úvahu.

Jak je patrné, základní a co do tvůrčí stránky nejdůležitější etapou je ta, jež předchází vlastní legislativní činnosti, a během níž se z množství cílů a činností volí ty, jimž zákonodárce dává přednost; provádí se také jejich vymezení zahrnující funkční sladění daného cíle a dané aktivity, čímž tato aktivita nabude charakteru právatvorné aktivity zaměřené na určitý cíl. Přetvoření hodnotících rozborů na normu předpokládá tudíž výběr právatvorné aktivity autoritativním způsobem a její normativní vyjádření a vymezení jako cíl sám o sobě. Třeba přijmout jako prokázané, že normativní, právně relevantní účinnost hodnotící informace může se prosadit ve všech případech pouze usměrněním výkladu normativní informace tak, aby tím byla výslovně zaměřena norma určitým směrem a takto v mezích, daných obsahem konkrétní normy, byl veden a ovlivňován její výklad a aplikace. Tento postup, tj.: určení soudní cestou, jaký smysl má být přiznán zdánlivě nejasné formě, nebo normě s rozporným obsahem nebo u rámcové úpravy, u normy s neomezeným zmocněním, zpravidla širokým polem rozhodování, dále které varianty jsou vhodné z různých alternativ, apod. - se jeví jako forma aktivity tvůrčí povahy. Nicméně teoreticky hodnotící rozbor přesto nakonec plní funkci normy, ježto nepřekračuje rámec výkladu a tak nepřivodí změnu, tj. vytvoření nebo modifikaci normy; v právním řádu, jenž odmítá možnost tvorby práva soudy a princip "stare decisis", ani tak učinit nemůže.

I když to, co bylo uvedeno shora, nám pomohlo dokázat, že hodnotící rozbor sám a přímo nemůže plnit funkce normy, není možno úplně a zásadně vyloučit specifickou možnost zjištění, nezákonnosti (protiústavnosti)

obsahu konkrétní úpravy, stanovené normativním aktem na podkladě hodnotícího rozboru obsaženého v normativním aktu vyššího stupně. Je pravda, že pro potřebu právní úpravy je kombinace daného cíle s určitou právotvornou aktivitou vždy normativní a předpokládá legislativní rozhodnutí; to však nevylučuje současnou možnost, že v určitých mimořádných případech (jak dokazují společenské zkušenosti a všeobecné teoretické závěry) výlučný vztah stanoveného cíle a tvůrčí činnosti, jenž jasně vylučuje jakoukoli jinou formu činnosti z tohoto vztahu, dochází výrazu jako důkaz, přes svou společenskou podmíněnost, v apodiktickém kauzálním rozhodnutí. Takto se kombinace cíle a prostředků normativním rozhodnutím projeví z tohoto hlediska nakonec jako formální akce. Proto v těchto případech (tj. kde konkrétní úprava nižšího stupně se dostane do rozporu s normativním hodnocením vyššího stupně natolik, že tato úprava zřejmě maří realizaci právotvorné činnosti vyjádřené v apodiktickém kauzálním rozhodnutí a též hodnocení, a vyplývajícím jasně z jednoznačného vymezení cílů) pak můžeme z obsahu zjistit nezákonnost (protiústavnost) uvedené úpravy. Opakujeme, že je tomu tak nikoli proto, že je porušována norma, nýbrž pouze proto, že se plně vylučuje realizace cíle stanoveného kategorickou formou normativním aktem vyššího stupně. Tímto způsobem bude současně zmařen výklad normy shodný se stanoveným cílem vyššího stupně, tomuto cíli podřízený nebo jím jakkoli ovlivněný. I když, podle mého názoru, se tato možnost jeví spíše teoreticky, a patrně potvrzuje znovu koncepci, že hodnotící rozbor sám o sobě nemůže plnit funkci normy, přesto do určité míry vysvětluje dříve citovaný názor o normativním dosahu různých hodnotících rozborů. Zajisté bude normativní hodnotící informace částečně tím, že bude ovlivňovat směr výkladu norem, částečně, v některých případech, poskytnutím právního podkladu pro zjištění neslučitelnosti obsahu dané normy (skupiny norem) s právním řádem - v širším smyslu sociologického zbarvení - ve skutečnosti plnit organizační, regulující funkci a takto - symbolicky vyjádřeno - lze říci, že normativní hodnocení se bude v praxi projevovat jako "quasi norma".

I když takto základní princip normativní účinnosti preambulí byl snad do značné míry objasněn, nemohou být úplně odstraněny některé občasné po-

chybnosti, pokud jde o praktické prosazení této normativní účinnosti. Tyto pochybnosti, resp. problémy vyvěrají z různých příčin. Předně je třeba uvážit, že úvod k legislativnímu aktu má často velmi obecný, téměř neurčitý obsah, jenž těžko umožní vyvodit logicky imperativní a jednoznačné závěry. Často by se sem hodilo úsloví jednoho amerického spisovatele, že "v textu můžete najít všechno, co chcete nalézt, jestliže budete stát mezi ním a zrcadlem své obrazotvornosti". Problém souvisí poněkud, jak se zdá, s faktem, že v některých případech zřejmě nebylo ani cílem preambule vyjadřovat formulace normativního rázu: obsah úvodu k právním předpisům, jeho politický charakter, věcný nebo zdůvodňující charakter, jsou např. formulovány tak, jako by úvod byl určen jen a výlučně, pro společenský a politický systém a pro ospravedlnění úpravy obsažené v dotyčném normativním aktu. Konečně typickým obsahem preambulí jsou hodnotící úvahy, jejichž normativní charakter se nemůže uplatnit nikdy přímo, bez legislativní transformace. Z tohoto důvodu může jakékoli dílčí ustanovení normativní povahy - jako *lex specialis* - omezit širší uplatnění této normativní účinnosti. Ovšem úvody k legislativním aktům, pokud mají normativní obsah, jsou zpravidla formulovány jako hodnotící rozbor, uvádějící normy ve spojitosti s hodnocením. Tato metoda formulací, jak ukazuje praxe, sama o sobě omezuje normativní funkci preambulí; je to důsledek, jenž kromě důvodů uvedených na str. 23 může být v podstatné míře posilován faktem, že, až na málo výjimek, nemají normativní ustanovení obsažené v preambulích právních sankcí.

Společným pramenem těchto rysů preambulí je okolnost, že v určitém smyslu představují přechod mezi právní a neprávní sférou. Jejich obsah tvoří totiž obecná prohlášení, která by bylo obtížné a dokonce nepraktické formulovat jako právní pravidla. Jejich náplň zůstane často závislou na jiných opatřeních, takže ve většině případů sama nemá právní charakter. Toto přechodné postavení může být dobře označeno jako kompromis. Ve skutečnosti zákonodárce formuluje tyto výroky v právní formě, vybavuje je normativní účinností, avšak současně nedovoluje, aby působily jako právní normy, tj. specificky právním způsobem. Tento kompromis mezi právním a neprávním nabývá často formy politického kompromisu. Je tomu tak nejčastěji v mimořádné situaci, kdy politické mocenské vztahy nebo politické úvahy stojí v ces-

tě řádné úpravě s právními zárukami a dovolují pouze "kvasi-úpravu" v preambuli s formou normativního obsahu, nebo spíše hodnoticích rozborů. To vyvolává pochybnosti o reálnosti úpravy a právních jistotách, pokud jde o možnosti jejího uplatnění. Jestliže formální požadavky úpravy, vy-
dávané v politické podobě, byly uspokojeny, jestliže však reálnost a fak-
tické uplatnění této úpravy se řídí výlučně dalšími tendencemi politické
aktivity a politickými mocenskými vztahy, pak zřejmě tato forma a obsah
úpravy otvírá cestu rozporným hlediskům a výkladům v praxi. Tyto eventua-
lity v podstatě poukazují na problematický charakter formulování preambu-
lí v praxi z pragmatického hlediska, na určité skutečnosti, které brání
normativní účinnosti preambulí a praktickému uplatnění jejich normativní
účinnosti, a nezřídka na jejich politickou podmíněnost. Nedotýkají se
však stanoviska k základním principům normativní účinnosti úvodů k práv-
ním předpisům. Podle všeobecných závěrů, které zde byly vysloveny, předsta-
vuje preambule část normativního aktu, která participuje na jeho normativ-
ní účinnosti; proto v té míře a v tom rozsahu, jak je použitelná, tj. po-
kud její obsah lze vymezit a pokud svým smyslem umožňuje vyvozovat první
závěry, je třeba ji aplikovat jako nástroj normativní aktivity, v souladu
s jejím hodnoticím nebo normativním obsahem.

IV.

Problém odůvodněnosti používání preambulí z hlediska socialistické právní politiky

Při analýze pojmu, obsahu a funkcí preambulí a jejich normativní účin-
nosti byly úvody k normativním úpravám chápány jako skutečnosti, jako pro-
dukty legislativy, které jsou předmětem vědeckého zkoumání a jež vděčí za
svou existenci právně autonomnímu rozhodování zákonodávce. Z toho důvodu
jsme se nezabývali otázkou odůvodněnosti a vhodnosti používání preambulí
jako právní formy, jako řešení legislativní techniky, otázkou požadavků
právní politiky na používání preambulí a v neposlední řadě otázkou praktic-
ké hodnoty používání preambulí. Je však nanejvýš obtížné dát jasnou a přes-
nou vědeckou odpověď na tyto otázky, ježto povaha a zaměření této odpovědi

jsou ve značné míře určovány ideami právní politiky, jež dochází výrazu v zásadách legislativní techniky a jež je více či méně ovlivněna subjektivními prvky. Tvorba právních norem je totiž základním a nezbytným předpokladem účinného řešení společenských vztahů právními prostředky. Na druhé straně formulace preambulí se bude zpravidla jevit jako druhořadý, někdy nedůležitý problém ve srovnání s tvorbou norem, ježto preambule nemají zpravidla výlučnou funkci, které mohou plnit pouze ony a které by byly nezbytné pro právní úpravu. To plyne především ze skutečnosti, že ve velkém počtu vyvinutých právních systémů nebylo vůbec použito preambulí přesto, že zájmy společnosti ve vztahu k legislativě a jejich vyjádření v legislativní technice jsou v tomto směru stejné. Není řídkým jevem, že v daném právním řádu vůbec neexistuje v určitých obdobích, bez jakéhokoli důvodu vyplývajícího ze zvláštních objektivních historických okolností, praxe používání preambulí, a dokonce i pokud jde o socialistické právní soustavy, má praxe sepisování úvodů k právním předpisům velmi kolísavou povahu. Aniž popíráme v nejmenší míře subjektivní a cílově orientovanou povahu používání preambulí k právním předpisům, jejich objektivní funkce, nebo někdy výrazně historicky podmíněný charakter, lze všeobecně říci, že kromě vlivu právní politiky často závisí praxe užívání preambulí na zvyklostech legislativní techniky, na těžko vědecky zdůvodnitelné ustálenosti, nebo na vlivu individuální záliby nebo osobních sklonů.

Pokud jde o hodnocení praxe používání preambulí, literatura se zpravidla spokojuje s jasným konstatováním směrnic legislativní techniky, že používání úvodů k legislativním opatřením se nemůže stát obecnou praxí, charakteristickým rysem pro legislativní praxi jako celek, je třeba takovou praxi kvalifikovat jako mimořádné řešení legislativní techniky. Někteří autoři přijímají tento praktický požadavek: mimořádný charakter považují za pojmový znak preambule a definují ji jako úvodní motivaci ... "právních předpisů významných při nejmenším podle úvahy zákonodárce". Jiní zakládají své názory výslovně na právně politických úvahách a uvádějí "soudíme, že používání preambulí mimo ústavy je odůvodněné ve zcela výjimečných případech..., ježto taková praxe zatemňuje mimořádně slavnostní charakter preambule a zmenšuje její účinnost".

Zdůrazňování mimořádného charakteru jako úvaha právní politiky se zdá být správné. Ovšem základní zásada a rozumná motivace tohoto požadavku nemůže být formulována jinak než v souvislosti s obsahem a funkcemi příslušných preambulí. Podle mého názoru, jenž zobecňuje společné prvky těchto úvodů, bude při formulaci legislativního opatření odůvodněno sepsání preambule pouze tehdy, jestliže je takové preambule třeba pro plnění funkce objektivně vyžadované jak povahou společenských podmínek, jichž se úprava týká, tak konkrétní metodou, obsahem a formálními řešeními právní úpravy.

Podle toho tzv. jednoduché preambule, které vymezují předmět úpravy, její účel nebo důvody jejího vydání a její provádění, často pouze slovně opakuji titul legislativního aktu, obsahující vymezení předmětu nebo účelu úpravy, a definují je více méně duplicitně, nebo formulují prohlášení, které z toho zřejmě vyplývá, nelze považovat za odůvodněné od samého počátku. Takové preambule nemají objektivní smysl, nemají obsah jakéhokoli významu a tak vzhledem k své nadbytečnosti nejsou schopny plnit základní funkce normativní informace. Ale na druhé straně tyto typy úvodů jsou velmi rozšířené, mimo jiné v současné maďarské legislativní praxi. Tvoří podstatnou většinu preambulí v maďarské legislativě, a ježto nemají žádnou vymezitelskou funkci, při svém častém výskytu a často stereotypické povaze nepřispívají k stylistické kráse ani bohatosti formulací právních norem; je velmi pochybné, je-li třeba je ponechat nebo jich v širokém rozsahu užívat.

Naproti tomu jde-li o preambule, které vzhledem ke svému obsahu mohou plnit základní funkci normativní informace, a takto uvést obecnou politickou motivaci, vyvolat mobilizující nebo propagační účinek, nebo zdůraznit slavnostní ráz nebo autonomní úpravu určité sféry problémů, bude odůvodněnost použití preambule k legislativnímu aktu záviset ve všech případech na konkrétních podmínkách, společenské potřebě uplatnění uvedené funkce v daném případě a na právně politických úvahách. Zásadně je nutno všeobecně poukázat na mimořádný charakter preambulí a na skutečnost, že během právní úpravy není obecně nutno vyložit ve formě preambule normativní vymezení předmětu, účel (důvod) úpravy, a že formulace obecných principů v úvodu nebo vložení slavnostní preambule před normativním aktem jsou odů-

vodněny pouze v právních předpisech skutečně významných vzhledem ke komplexní povaze úpravy, jejímu rozsahu a hloubce, politické závažnosti a společenským aspektům. Zabezpečení mobilizujících nebo propagačních efektů pomocí preambule bude zapotřebí pouze tehdy, jestliže z hlediska získaných zkušeností a se zřetelem k předpokládaným negativním nebo pozitivním účinkům úpravy na společnost je takové preambule třeba. Důraz kladený na mimořádný charakter jako požadavek právní politiky je historicky podmíněn. Předpokládá totiž stabilní společenské podmínky a v důsledku toho stabilní právní řád. Proto pokud jde o revoluční zákonodárství, zaměřené výlučně na operativní a specifický obsah a formální stránku legislativy, může se stát odůvodněným obecné užívání preambulí nebo užití volnějších propagačních projevů a slavnostních výrazů a hodnotících rozborů (zpravidla charakteristických pro úvody) i v jiných částech norem, a to v daleko širší oblasti a větším rozsahu. Důvodem je skutečnost, že v revolučním zákonodárství převládá většina normativních opatření má prvořadý společenský význam. Politická váha a povaha těchto aktů vystupuje do popředí příměji a důrazněji. Naproti tomu kvantitativní rozbor praxe užívání preambulí, přes její obvyklou kolísavost vede nás k závěru, že při srovnávání situace během uplynulé dekády a půl druhé dekády poskytuje používání preambulí právních předpisů v posledních letech v základních rysech podobný obraz. Pokud jde o použití této techniky v maďarské legislativě, bohužel se zdá, že se skutečně vrací k dřívější praxi socialistické legislativy přesto, že to neospravedlňují v potřebné míře ani konkrétní podmínky, ani rozumné a podložené úvahy právní politiky nebo legislativní techniky. Proto je možno nalézt vysvětlení tohoto zvláštního jevu spíše v působení určitých druhořadých faktorů, v oživení a ohlasu zvyklostí v legislativní technice, ve vyjadřování a aplikaci subjektivních legislativních představ a v působení souběžných zálib, v důsledcích určitých ústupků tendenci likvidovat dřívější odcizení právní formy a vyjadřování, přesto že problém sociálního charakteru právní formy má zcela nepřímý vztah k problému užívání úvodních forem.

Nepochybně by průzkum, který by se pokusil ukázat rozsah a způsob, jak preambule k právním předpisům plní své funkce, přinesl cenné příspěvky k problému odůvodnění shora uvedených typů preambulí. Zajisté, pokud jde

o osobnost soudce atd. často bude tento účinek více či méně bezvýznamný, ježto preambule jsou zřídka nositelům hodnotných informací způsobilých řídit nebo ovlivňovat činnost spojenou s aplikací práva, tj. informací, jež shodou okolností nejsou zřejmě z obsahu právní normy, nebo nejsou známy z jiného autoritativního zdroje. Pro občana vzniká problém v jiné formě. Velká část preambulí k legislativním opatřením, zejména ty, jež jsou zaměřeny na mobilizující a propagační účinky, jsou výslovně adresovány občanům. Avšak znalosti občanů se zpravidla nezakládají na normativní informaci. Přinejmenším dvě třetiny občanů seznámených s právními předpisy získávají informace z denního tisku a jiných zdrojů hromadných informací, nežli z oficiální sbírky. Avšak tyto zdroje zpravidla neinformují o obsahu preambulí a používají svých vlastních prostředků, aby dokázaly správnost příslušné úpravy, nebo aby vyvolaly mobilizující či propagační účinek. Vzhledem k této okolnosti a k ustálené praxi uveřejňovat vládní zdůvodnění v oficiální maďarské sbírce zákonů a vládních nařízení, je na místě otázka, zda uveřejnění vládních zdůvodnění k zákonům v oficiální sbírce nemůže aspoň částečně převzít praktickou část zdůvodňující funkce preambule zaměřené na vymezení předmětu úpravy, její cíl a důvody, dále zajištění obecné politické motivace, nebo vyvolání mobilizujících a propagačních účinků. Pokud jde o preambule s přímým normativním obsahem, setkáváme se zpravidla s jinou situací. Materiální úprava v preambuli k legislativnímu opatření bude téměř vždy výsledkem politického kompromisu, a tudíž se zřetelem k politickým účinkům legislativy, nelze v těchto případech vyloučit odůvodněnost preambule poukazem na legislativní techniku, i když, jak bylo uvedeno, prostředek tohoto druhu přináší s sebou riziko zneužití. Podobně je formulace základního ustanovení v preambuli převážně podána zvláštním způsobem odůvodněným historickými a politickými podmínkami. Naproti tomu, jestliže normativní obsah preambule není odůvodněn společenskými a politickými faktory, lze diskutovat o tom, zda tu není případ nevhodné strukturální techniky nebo zneužití právní formy.

V předcházející diskusi bylo zdůrazněno, že z hlediska právní politiky je používání preambulí žádoucí pouze ve výjimečných, řádně odůvodněných případech. Ovšem ústavy ve všech případech mají povahu mimořádných právních a

politických nástrojů, jež mají současné zásadní význam, takže jejich uvedení formou preambulí je zřejmě odůvodněné. Naproti tomu zapojení ideologických základů politické, vládní a právní aktivity, cílů společnosti a politického programu příští fáze vývoje do úvodu z důvodů právní politiky by se nemělo provádět ve snaze udělat z preambule bezprostřední podklad organického vývoje ústavy, nevyžadujícího formální změny resp. doplnění.

Funkcí politického programu formulovaného v preambuli je totiž vytyčit normativní formou ideologický rámec realizace ústavy a jejího postupu k cíli, a takto zajistit legislativní program.

Sledovali jsme takto problém odůvodněnosti preambulí zpět k otázce funkcí preambulí a zásadního požadavku, aby měla výjimečný charakter. Kombinace těchto dvou aspektů aplikace a účinnosti preambulí k právním normám souvisí s jedním z prvořadých, základních a obecných principů legislativní techniky, jež vzhledem k rozhodující úloze společenských faktorů a funkční podřízenosti legislativní techniky chápe potřebnost a účelnost technických řešení, výrazových forem a jimi vyjádřeného obsahu podle konkrétní současné společenské potřeby a možnosti řádného uplatnění funkcí.

ПРОБЛЕМА ПРЕАМБУЛ В ПРАКТИКЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВА

Вводные формы актов правотворчества сложились параллельно с изложением в письменной форме правовых положений в ранней стадии правового развития, но за период с многовековой историей приобретали различные формы и служили различным целям.

Монография, посвященная общим принципиальным вопросам преамбул, впервые является с помощью применения исторического и сравнительного метода раскрыть основные факторы развития в Венгрии вводных форм, а также преамбул, проявляющихся в нынешнем венгерском правотворчестве. Затем анализирует конституционные преамбулы как на основе социалистической, так и не социалистической конституционной практики. Наконец, делает попытку по анализируемому, догматическому и социологическому разграничению правово-теоретических проблем преамбул.

Преамбула это та часть текста акта правотворчества, которая расположена в начале акта и в структуре этого акта формально изолируется от всех, следующих за ней частей акта, содержит в себе содержание, непосредственно и конкретно относящееся к регулированию, содержащемуся в акте целиком или его части. (III. 1.) Основную функцию акта правотворчества целиком составляет вообще информация. При простых преамбулах эта основная функция, при сложных же преамбулах давая общепринципальное обоснование, жазаннем агитационно-пропагандистского воздействия, усилением торжественности или самостоятельным регулированием характера нормы это проявляется в качестве инструментальной функции. (III. 2.) Типичное содержание преамбул составляют *оценочные (этимационные) информации*, определяющие финальность норм. Они в противоположность, например, содержащимся в министерском обосновании оценкам квалифицируются нормативными информацией. Но их *нормативное значение* зависит от составных частей содержания. Вследствие логически неэквивалентного отношения между целью и деятельностью-средством нормативность эстимационной информации может реализовываться лишь в кругу толкования *нормы-информации*. (III. 3.) Итак, цель и средство являются генезисно-диалектически переходящими друг в друга, но логически самостоятельными категориями. Целью правотворчества является предоставление информации, поэтому придача эстимационным информациям формы нормативов должно быть исключительным, необходимым с точки зрения общества и правовой политики, а поэтому в каждом случае обоснованным разрешением (III. 4).

Преамбула как вопрос теории права

Ч. ВАРГА

Настоящая статья по теории права, посвященная общим принципиальным вопросам вводной части законодательных актов, дает в первую очередь определение понятия преамбулы, затем за определением содержания, характерного для преамбул, дифференцированно анализирует функцию простых и сложных преамбул. Довольно детально исследует вопрос нормативности преамбул, а также возможности и формы практического осуществления этой нормативности, раскрытой в теоретическом смысле. Статья заканчивается оценкой практики по разработке преамбул и оправданностью их применения с точки зрения социалистической правовой политики.

VARGA, Cs.: *PREAMBULA KAO PITANJE TEORIJE PRAVA* (The preamble: A Question of Jurisprudence); *Acta Juridica*, 1971; 101—128.

Преамбула, kao sredstvo zakonodavne tehnike, jeste oblik formulisanja zakonodavčevih ciljeva, u kome zakonodavac posredstvom ideološko-političkih razloga obrazlaže neophodnost usvajanja pravnog akta u pitanju i njegovu društveno-političku i pravnu svrhovitost. Iz tih razloga preambula ima, mahom, deklarativno-motivacioni karakter. Pisac definiše preambulu kao deo pravnog akta koji je izložen na samom početku akta i koji je formalno izdvojen u odnosu na delove koji mu slede, a sastoji se od elemenata koji se direktno ili indirektno odnose na ceo akt ili na izvesne njegove odredbe.

Postoje dve vrste preambula. Jedne su tzv. proste preambule, dok su druge složene preambule, a kriterijumi za ovu klasifikaciju su formalni. S obzirom na svoju sadržinu, preambule mogu imati eksplikativno-motivacioni, mobilizaciono-propagandni, svečano-deklarativni ili normativni karakter.

Što se tiče pitanja normativnosti preambule, pisac napominje da većina anglosaksonskih pisaca smatra da preambula ne sadrži norme ali da je sastavni deo akta u kome je sadržana, pa da je zato i izvor prava. Po piscu, danom stupanja na snagu pravnog akta koji sadrži preambulu, preambula kao i sam odnosni pravni akt stiče normativni karakter. Ali premda formalno pravno imaju normativni karakter, sadržinski većina preambula sadrži vrednosne elemente, jer se u njima u obliku normi često formulišu izvesni sudovi vrednosti.

Tehnika formulisanja preambula je manje razvijena od tehnike formulisanja pravnih normi. Sama upotreba preambula zavisi od prihvaćenih standarda u zakonodavnoj tehnici, pravno-političkih stavova, naučnih shvatanja o karakteru preambula, kao i od individualnih predilekcija. Međutim, posle i u toku revolucionarnih situacija, primena preambula sa jako naglašenim vrednosnim i propagandnim elementima je najčešća. Pošto ustav predstavlja političko-pravni instrument od izuzetnog značaja, neophodnost preambule u njemu je očigledna.

Наша политическая зрелость и признание особенностей права в одинаковой степени требуют культивирования, научной обоснованности правовой культуры. В Венгрии уже официально в научной сфере сформулированы целый ряд программ по выделению, фиксации требований правовой политики. Ряд фундаментальных понятий взят за основу в качестве аванса, однако существенные взаимосвязи остаются невыясненными. В работе делается попытка по упорядочению взаимоотношений некоторых из этих понятий.

1. Связь политики и права

Политика и право в равной степени размещаются в совокупности комплексов общества: во все времена соотносились друг с другом, обуславливали друг друга. Это же время выполняют разную по значимости роль в общественном бытии. Политика является координатором основных интересов общества, преобразователем их в господствующие интересы. В противовес этому право является таким комплексом, который в решающей степени является посредником среди других комплексов общества. Поэтому в отношениях основных комплексов он не является самостоятельным: его значимость проявляется в посредничестве, т.е. помимо себя, в комплексах, между которыми осуществляется посредничество (в первую очередь в преодолении и формировании через свою среду политики, экономики, культуры и т.д.). Все это означает, что в общественных процессах в целом политика преобладает над правом (так же как историческая сфера экономики преобладает над сферой политики), однако, это не меняет факта их взаимозависимости (разумеется начиная с того, что было создано классовое общество, его государственная организация, разобщенные классовыми противоречиями).

Внутри этих отношений связь политики и права может быть прямой и косвенной. Как это формируется, в решающей степени зависит от социализации. Под социализацией мы понимаем отрыв от естественного бытия, превращение общественных отношений в совокупное, выдвигание на передний план чисто общественно-го посредничества и опосредничества. Это может проявляться в онтогенетической и филогенетической плоскости. Под онтогенетизмом следует понимать все развитие человечества от примитивных эпох до развитой цивилизации. Под филогенетизмом же следует понимать любое государственно организованное развитие общества от анархического или революционного образования до консолидации.

Прямая связь характеризуется сферой формой политики и права. Это наблюдается начиная с древней эпохи, примитивного разделения и, прежде всего, в об-

ществах, основанных на авторитаризме, деспотизме или безоговорочном абсолютизме. Наблюдается это также в анархическом или революционном преобразовании, в политической дестабилизации, ведущей к анархии или революции. Примером может служить организованность государства (как северо-американское кулачное право); период революционного перехода (как это сознательно обозначил Ленин после октябрьской революции); или дестабилизационные интервалы политической борьбы (как это произошло в Китае во время культурно-революции). Собили для всего этого является то, что власть любой эпохи непосредственно формирует право, в то время как право не формирует или сгребает власть - максимальное множество их форм; дает легитимационное выражение. В это время право может непосредственно влиять на себя роль власти (посредством этого - снизить лишь до могущественного блистания, ритуала, пропаганды), между тем как власть может непосредственно выполнять правовые функции (чаще всего - в форме правового правосудия - будь то неприкрытая сила, революционное правосознание или цитатология председателя МЛО).

Превращение связи в косвенную как со стороны политики, так и со стороны права, предполагает формирование особенностей и относительной самостоятельности. В такой момент политика пронизывается правом: становится укромной - в существенных отношениях - организованная и проводимая правом. В то же время влияние политики на право может осуществляться только в собственной среде права т.е. пронизывалось через его особенности. Поскольку социализация движется в сторону вклинивающихся посредничеств, все более вытесняющихся общественных опосредничеств, в связи политики и права это означает, что не только моральные и религиозные, но и политические и партийные нормы содействуют тому, чтобы политическое влияние, оказываемое на формирование и осуществление права, оставалось в данном русле, не выходяло за его пределы. В связи же права и политики это означает, что сама политика в общественных интересах стремится к организации и посредничеству со стороны права, в частности или в своей легитимации и таким образом через эффективность повисить свою политическую организационную готовность.

2. Правовая политика как пропонация в связи политика и право

Регулярное влияние друг на друга образуется в практике все большей социализации и с обеих сторон формируется во все более дифференцированную общу

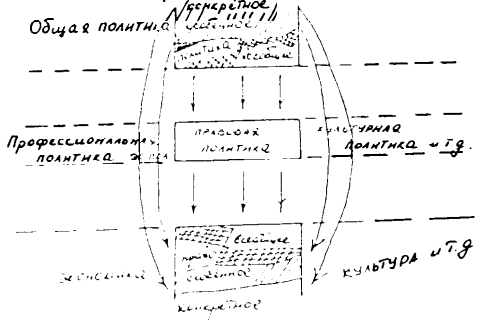
область, затем приобретает относительную самостоятельность то поле, на котором специфично политические оказывают влияние на специфично правовое. Это поле является сферой правовой политики.

По своему намерению, механизму воздействия, системе средств это является ничем иным как политикой, поскольку путем согласования интересов, с использованием не формализованных средств направлена на оказание властного давления. И то же время предметом намеряемого воздействия по фильтру, стимулирующему - избираемому - выделяемому, пропускаемому воздействию, а также по структурности, формирующей воздействие, является право, поскольку нацелено на юридические через соблюдение оптимальности юридичности, в то время как однородно относительно своей юридической среды в качестве права заново формирует неюридическое. Таким образом, правовая политика является особой переходной средой политики и права, которая одновременно обладает отличительными чертами обеих сфер.

Следовательно, правовая политика является первой средой воздействия, осуществляемого политикой на право. И то время как 2-я среда не является средой любого воздействия, а лишь только тех, которые в своей всеобщности превращены в сознательное и в таком виде сформулированы, объективированы, зафиксированы. И соответствии с этим наиболее характерные их проявления встречаются там, где и политика и право сдвигаются в такую абстрактную всеобщность;

- эта всеобщность выполняет роль фильтра в том, чтобы политика могла оказывать воздействие на право и чтобы в праве это воздействие заставляло излучать;

- независимо от этого далее происходит воздействие конкретного на конкретное (и особенно на особенное) также непосредственно или субстанционально-бытие непосредственно;



- насколько дает понять предлагаемая схема, предположительно схожие структурные и функциональные черты несут область политика, а также множество профессиональной политики, включившиеся в качестве посредника в другие формы деятельности.

3. Правовая наука, правовая политика и право права

Исходя из того, что было сказано выше, правовой политикой является политика, раздробленная на особенную сферу, отрасль деятельности или профессию. И то же время является не просто пассивным фильтром, а творением общей политики, осуществляемым среди специфичного своеобразия. И соответствии с этим через свой специфичный фильтр может привести к трем видам результатов:

- пропускает политические воздействия,
- не пропускает политические воздействия или
- в однородной и органической среде создает

что-то, что в гетерогенности и неорганичности общественой действительности не создавалось и не могло бы создаваться непосредственным спонтанным образом.

Из этого вытекает также, что правовая политика является практической категорией и ее конечным критерием как у любой практики является эффективность. Не только в ее рамках последовательно, подчиненно ей, на протяжении длительного времени может пролаяться создающийся в ней критерий воздействия таких свойств различного качества, как истинное познание или отбор, основанный на должной оценке.

На основе всего этого правовая наука, правовая политика и право права уже могут ясно отделены друг от друга по категориям.

Задачей правовой науки является вскрытие взаимосвязей, закономерностей на основе анализа компонентов важных для нее явлений как исторической реальности. Сама по себе не оценивает, однако должна показать возможные исторические альтернативы вместе с их последствиями. Все те ценности и оценки, цели и целевые гипотезы, формы сознания и идеологии, которые относятся к сфере анализа, не по их собственной оценке, целевой гипотезе и/или идеологии, а одновременно приближает и описывает как исторически объективно возникающие компоненты общественного бытия.

Правовая политика осуществляет оценку, целевую гипотезу и идеологические формирования в рамках теоретических результатов правовой науки, в то же время - в сфере политики. Основной ее задачей является облегчение возможного практического осуществ-

ления согласно принципу или по крайней мере сделать это практически известной задачей.

Право права из сформулированного правовой политикой вновь формулирует подкреплено формальностью и обязательной силой условного права то, что подлежит регулированию общим нормативам, но на уровне основного по тем или иным причинам не могло получить нормативного регулирования.

Если дифференцированные понятия и концептуальные области правовой науки, правовой политики и право права применим в отношении основных двигательных процессов права, то получим внешне полную тавтологическую картину.

В области правотворчества этому соответствует учение о правотворчестве, служащее для выяснения философских, теоретических, социологических основ и взаимосвязей правотворчества (как поле деятельности правовой науки); правотворческая политика, служащая для отбора необходимого *list of things* в качестве вывода, оцениваемого по результатам и выводам, вскрытым учением о правотворчестве (как поле деятельности правовой политики); наконец, служащие для регулирования того, что, какой процедурой и какими способами, формальностями и условностями регулировать созданный по правотворчеству нормативный акт (как поле деятельности условного регулирования). И принципе в отношении правоприменения точно также можем различать учение о правоприменении, политику правоприменения и нормативный акт о правоприменении. И здесь можем столкнуться с такими существенными различиями, что в своей принципиальной основе ставит под сомнение правомочность и возможность его применения.

Прежде всего, речь идет о правовой политике и праве права. В отношении правотворчества они осуществляют реалистическую и первичную оценку, а также регулирование, поскольку дают законодателю информацию, еще не представленную в другой форме. По содержанию и образам, определенным точностям своего правотворчества законодатель свободен, поэтому политика правотворчества может формулировать для него профессионально-политические предпочтения. Поскольку их процедура детально не урегулирована, постольку созданный по нормотворчеству нормативный акт может регулировать правотворческую процедуру законодателя в качестве квази процессуального кодекса, снабженного приложениями в виде писаного образа.

В отношении правоприменения положение совсем иное. Законодатель уже произвел оценку по содержанию;

более того – согласно особым правилам игры в праве – юридически действительно, т.е. только законодатель исключительно обязательным для правоприменения и релевантным образом мог осуществить это. Поэтому в отношении правоприменителя правовая политика (так называемая политика правоприменения) может быть "действующей" только в качестве политической нормы и только как политический адресат для него. Если же поступили бы иначе или ужесточили роль правовой политики, то независимость судьи и подчиненность только конституционной правовой норме упали бы до функции по выявлению юридических гарантий. И том случае, если бы мы фиксировали, "кодифицировали" в качестве норматива директивы, тезисы политики правоприменения, это дало бы только такое принципиально общностное "типовое регулирование", которое в определенном техническом смысле означало бы злоупотребление "правом", нормативной фиксацией нормативов. Не дало бы, однако, ничего другого, как непригодную в самой себе, а в присутствии реального права и в свете его гарантий – совокупность незначительного выжидания.

Во всем этом естественным образом заключается также то, что если административные или политические органы осуществляют над деятельностью правоприменителя так называемый политико-правовой надзор, то это может быть истолковано исключительно таким образом, как оценка своеобразно юридического функционирования (т.е. соответствующего или несоответствующего собственным нормам и законным нормам) внешней общественно-политической точки зрения по отношению к своеобразно юридическому. Что касается права права в отношении правоприменителя, то здесь имеет место чрезмерное регулирование и поэтому было бы излишним. Идея все то, что подлежит регулированию, т.е. не тавтологическое, не просто логическое или культурное явление и не социализирующий компонент в культуре или идеологии юриста, уже заложено в отдельных процессуальных кодексах.

Безусловно это означает патологизацию развития общества, исконное своеобразие права и в конечном счете – его нигилизм, если могут господствовать такие суждения, согласно которым самого по себе "права" недостаточно, поэтому необходима также "правовая политика", ориентирующая, дополняющая его общественную целенаправленность, случайно превращая условное право или отрицающая как раз в своем практическом воздействии. (В качестве примера достаточно припомнить, что в Загреб после 13-9 года в борьбе за власть осудили деятельность административного суда за его приверженность к праву, опору

ча его позиции. Именно в противовес этому, для преодоления видимости всякого рода его обособленности или непрячистости произошло также то, что после 1940 года конституционировать так называемый политико-правовой надзор, по существу отнесшийся на задний план своеобразно юридическое и подчиненное политической, тактической установке момента). Признаком нездорового развития, выходящего за сферу своего влияния, следовательно живущего за счет субституции является также то, как если бы правовой политике отведена такую роль, которая послужила бы в качестве всеобщего субсидиарного источника для восполнения пробела. Наконец, социальные перемены очевидно сигнализируют также то, что правовой политике придать возможность своеобразно юридического воздействия, например, пользуясь функцией осуществленного регулирования уже неосуществляя истинное правовое регулирование.

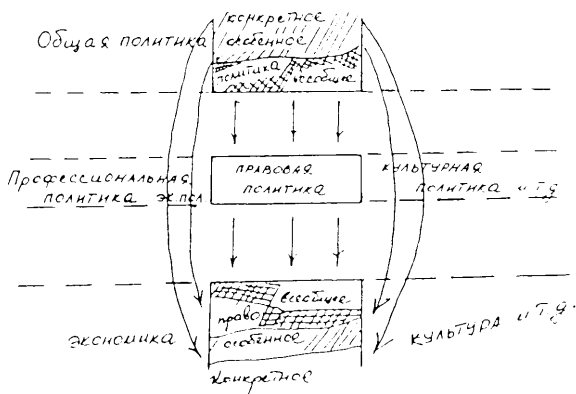
4. Необходимость самостоятельности правовой политики

Социально-онтологические сигналы дают понять, что социализация является не только превращением социальной структуры в более комплексное и функционированию комплексной и относительная самостоятельность этих своеобразий в механизме посредничества

и все более усиленно, охватывал все социальное движение, выступает на передний план. И если это так, то вывод напрашивается сам за счет: определенная степень социализации предполагает определенную степень автономии политики и права, а автономия возникновения правовой политики, являющейся посредником между политикой и правом и своеобразную обособленность.

Для здорового функционирования политики и права в качестве обязательного условия является то, что между этими двумя областями в качестве избирательного/преобразующего фильтра политического воздействия была размещена среда правовой политики. Хотя скоро это произошло, среди посредников воздействия на посредника будет все то, что в связи с посредниками уже высказали в качестве требований и последствий социализации, примечательно, что правовая политика может выполнять свою задачу. Только путем завершения своего своеобразия, завоеванием относительно независимой самостоятельности от политики и права.

Таким образом, вывод заключается лишь в том, что отрядный факт политического развития и признание инструментальных ограничений нашего права само по себе недостаточно на современном этапе социально-экономического развития. Для дисциплинированной практики права необходима также обсуждаемая здесь дисциплина.



Марксистская традиция, давшая выражение отношениям внутри общества в парной категории базиса и надстройки, является так сильной, что теория права неизбежно должна взглянуть в лицо пониманию права в качестве надстройки. Традиционные или же унаследованные нами вынужденные пути этого понимания уже являются несколько проторенными, что способствует наблюдателя может показаться, будто бы всякое объяснение марксистского понимания права в силу необходимости вылилось в какую-то "общую теорию квази-экономического детерминизма".^{1/} Факт, что в наших краях одним из центральных вопросов каждой основополагающей работы по теории права является отношение между экономикой и правом, вернее теоретическое объяснение взаимного влияния правовых систем, принадлежащих к различным общественно-экономическим формациям. Факт и то, что достойная задача марксистской юридической науки состояла бы в превращении исследований в депрессивно исторические исследования, в сравнительном изучении развития отдельных форм регулирования правовыми нормами, а также хода и логики этого развития, основанном на конкретных исторических материалах. Таким образом изучение различных правовых институтов могло бы служить добавкой к ответу на то, что в сфере права что значит определяющая роль экономики "в конечном счете".

В целях объяснимости связей между правом и экономикой и взаимного влияния различного типа правовых систем праву предстоит первым шагом уточнить понятие права как надстройки, должным образом дифференцировать и обобщать его.

Что касается дифференцирования, в середине 60-х годов, социалистическая теория права, отгородившись от некоторых артефактов сталинского положения о полном дисконтинуитете между различными типами права^{2/}, пришла к выводу, что право на самом деле является двойным, обладая социальным и нормативным содержанием.^{3/} Изложение этой позиции произойдет с различных сторон. Некоторые исходили из того, что право представляет собой отражение действительности. Изображением действительности они считали непосредственное, социальное содержание, которое должно быть превращено в опосредствованное, нормативное содержание для того, чтобы оно стало выразимым в виде права и поставленным на службу правовому воздействию.^{4/} Другие исходили из диалектики целей и средств. Они выдвинули аргументы, согласно которым

право может достигнуть выполнения своей собственной функции только в результате выполнения своей технико-юридической функции.^{5/} Обе аргументации содержали реальные элементы, но мне кажется, что они не давали удовлетворительных объяснений, так как они считали право комплексом правил, а правовую надстройку - статическое только совокупностью правовых тезисов.

Что касается всеобщности понятий правовой надстройки, теория только в наши дни распознала то, что качества, относящиеся к надстройке в целом, не могут быть отнесены к элементарным компонентам надстройки в отдельности. Следовательно, прогрессивной является формулировка, согласно которой "надстроечный характер правовой части надстройки... не постигши в своей раздробленности на отдельные нормы права, которые не могут оценены... в их единичности. Следовательно роль надстройки касается конкретной всеобщности, целостности данного социального явления..."^{6/}, она не разрешает основную дилемму и не указывает выхода. Она подтверждает только то, что носителями надстроечного качества являются определенные объективации, а именно - положительные нормы права и его институты.

Однако если вместо этого попытаемся сделать выводы из юридико-философского анализа "Онтологии" Дьердя Лукача,^{7/} то, возможно, получим различный и новый по своему подходу результат. Согласно этому

1/ Право с онтологического подхода является необратимо процессобразным, его движение определяется прежде всего его местом в совокупном комплексе и, в рамках этого, его отношением к хозяйству путем различных общественно-политических трансляций.

2/ Тем самым движение в совокупном комплексе показывает постоянно обновляющееся диалектическое единство постоянства и изменения на уровне отдельных комплексов.

3/ С онтологической точки зрения социальное бытие правового комплекса идентично его социальному влиянию.

4/ Следовательно, современное венгерское право представляет собой не только совокупность действующих правовых норм, не только организацию юстиции со своим персональным составом и учреждениями, но и совокупность всего этого в своем действительном функционировании, оказывающем влияние на жизнь общества и составляющем одним из ее факторов. /Однако в смысле оказания непосредственного социального влияния это не может быть отнесено к его каждому элементарному компоненту, к его объективационным формам и его внутренним правилам игры.

4/ Таким образом никакой эквиваленции нет и не может быть между правом как действующим агентом и как фактическим функционированием, то есть как арсеналом технических средств /речь идет об организационно-институциональном фоне механизма вызывания эффекта, в частности - о нормах

права и аппарате, предназначенном для правотворчества и применения права/ и выполнением им функций /его реальным движением и социальным влиянием, то есть его действительным появлением в практической жизни общества/.

5/ Прошлое является реальным для настоящего только в том смысле, что мы исчерпываем из него. Поэтому человеческое развитие в отношении арсенала технических средств скорее проявляется при постановке старых элементов в новую зависимость друг от друга и в новый механизм эффекта, нежели в создании и использовании новых элементов. 8/

6/ Из всего этого вытекает, что ни при каких обстоятельствах нельзя абстрагироваться от инструментального характера права. В то же время подобным образом подчеркнuto надо рассматривать социологические, моральные, хозяйственные и политические компоненты пользования средством права, а также вопросы о соответствии достигаемых правом целей применяемым средствам.

7/ Рассматривая право в онтологическом аспекте, оно представляет собой единое явление не только потому, что его объективационные формы могут быть оценены исключительно в их функционировании и реализации, но и потому, что их внутренние принципы, ценности и структурные деления - до какой бы степени ни имели конкретно - историческое определение - также обладают онтологической значимостью только по их действительному функционированию и реализации. Итак, какая то граница ни была официально проведена внутренним порядком права между правотворчеством и применением права, в онтологическом плане и конечном счете лишь столько из всего этого оказывается оценочным, сколько из этого фактически осуществляется на практике.

8/ Из этого вытекает, что и диалектика постоянства и изменения прослеживается только в полноте правового комплекса. Следовательно, нельзя утверждать, что изменение является исключительно правотворчеством /которое в прочем институционализируется исключительно с такой целью/, то есть предположением права в форме и порядке по вышеизложенным гипотезам, и нельзя утверждать, что исключительным средой изменения являлось бы применение права /которое официально институционализируется только с этой целью/, то есть установление и осуществление правовых последствий действия по форме и порядке, изложенных в вышеуказанных гипотезах. В конечном счете способ реагирования правового комплекса на внешние стимулы посторнства и изменения определяется всегдальшим движением совокупного комплекса и внутренними данными правового комплекса /его традициями, структурной сложностью, релятивным весом его компонентов и его внутренней силой, направленной на то, чтобы действовать при условии соблюдения собственных правил игры и достичь общественно - человеческих эффектов/.

Возвращаясь к сталинскому пониманию взаимоотношения между базисом и надстройкой, оно оказало парализующее влияние на современников прежде всего потому, что уже в его воззренческом подходе содержалось неразстворимое противоречие. Как выше уже говорилось об этом, в марксовском сочинении данная парная категория была создана для изображения характера и перемещения акцента взаимоотношений внутри данной тотальности. Однако сталинское понимание, извращающее диалектику в метафизику, превратило указанную парную категорию в неумолимый естественный закон. Потом эти категории в отдельности все чаще и чаще применялись к предметам и их элементарным компонентам в качестве их квалификация, недвусмысленно определяющей их судьбу вместе со всеми компонентами. Однако мне думается, что все, что называется "правовой сферой", "правовым комплексом" или "правовой надстройкой", не может быть просто и непосредственно тождественно той или иной объективации. Это невозможно, если даже усиление специфически формальных черт права достигнет такой степени, что появление права связывается с определенными объективационными формами /например, с формальными особенностями закона, с опубликованием в официальном вестнике/. В таком случае право может приобрести характер комплекса или надстройки только в процессе, в ходе которого данная объективационная форма становится социальной, то есть производя общественное влияние она появляется в действительном движении общества. Следовательно, "классовый характер" и "служебную роль" правовой надстройки можно уловить только в своем фактическом функционировании, считанном в сталинском понимании почти ничтожным количеством и что почти исключительно подчеркивалось сталинским пониманием, то как простая техника будет только строительным материалом того, что называется правовой надстройкой.

Признавая, что право с одной стороны представляет собой исторически расслоенное множество различных конструкций, технических способов и институционных форм, с другой же стороны - манипулированное применение всех этих в определенной социальной среде и в определенных общественных целях, всегда подчиненное этим на практике, то можно освобождаться от форсирования того, чтобы право со своими техническими элементами и внутренней структурой всячески "соответствовало" базису, чтобы сплошь и рядом поискать в праве "рефлекс", "продукт" базиса, забывая именно о его техническом характере, инструментальности. Таким образом право появляется как техника, так как оно всегда было совокупностью средств и как таковое оно является достижением цивилизации, которое имеет свою предисторию, передается по наследству и носит свое социальное качество не в самом себе, а в том, что именно кто, с какой целью и при каких эффектах использует его.

Все это, конечно, не означает того, что арсенал средств права может стать самостоятельным, что его можно

вырывать из его всегдашней общественно-политической среды и из сферы воздействия, оказанного им в данной среде. Однако тем, что в праве опять обнаруживаем инструмент и технику, авось немного мы освободим себя от балластов, сочиненных теоретическими достижениями, которые, правда, пробудили осознание определенных социальных правд, но вследствие своих крайностей они в ряде областей затормозили специфические юридические исследования.

В то же время специфичность арсенала правовых средств и его нейтралитет в техническом смысле слова не может означать, что сам данный арсенал или любой из его элементов мог бы возникать и развиваться без хозяйственных, социальных и политических стимулов. Следовательно, речь идет далеко не об ослаблении отношения с экономическим базисом или об извлечении права из общественного совокупного комплекса как из живых взаимоотношений. Как это можно прочитать по сочинениям Маркса, Энгельса и, естественно, Лукача, нам надо видеть сущность в том, что каждая сфера внутри социальной тотальности оказывает влияние одна на другую и каждая из них по-своему реагирует на эти влияния. Собственный способ реагирования ставит право перед двойной системой условий. С одной стороны, право, как и любая другая сфера, может функционировать только внутри данной тотальности и во взаимодействии с другими сферами. С другой стороны право будет способно на такие взаимодействия только при условии, что оно развертывает и постоянно развивает дальние свою относительную самостоятельность, то есть параллельно с общественным развитием и юридическая сфера все больше дает ответы на внешние вызовы по своим собственным определениям. Мне кажется, что предметом приспущенции как науки является именно обнаруживание и теоретическое объяснение сути этого "собственного", закономерностей его развития, способов и эффектов его осуществления, социальных и технических компонентов его функционирования.

Прошлое и настоящее марксистского подхода к праву убедительно свидетельствуют о том, что вопреки казусам очевидности вышесказанных выводов они обещают значительные дальнейшие успехи. В отличие от ленинстического взгляда, который частично и поныне существует и который из исторического и логического единства /как основного принципа марксистской методологии/ сохранил историческое в качестве обязательного задания, роскошного, но излишнего украшения, те новые попытки, которые возвращаются к марксовым методологическим соображениям,^{9/} саму историю выдвигают в качестве организующей среды предмета и представления и потом из реального движения истории извлекают и реконструируют ее развитие, точнее говоря закономерности ее развития, то есть своеобразную логику предмета, проявляющуюся во всех этих. Большой парадокс вулгарного марксизма состоит в том, что когда ссылаясь на взаимоотношения базиса и надстройки он превратил юридическую науку в уни-

фицированную общественную науку, на самом деле он не отступил ближе ни к пониманию специфики права ни к обоснованию общей теории общественных наук. В отличие от этого, юридико-научное исследование, принимающее вытекающую из своего предмета специфичность, может прийти к таким выводам, которые на основе специфического движения права и путем развертывания действительной историчности предмета приходят из прошлого к настоящему и к перспективным сигналам, то есть через познания особенностей, кроющихся в движении права, одновременно и к познанию общественного движения. Именно такие научные работы конкретного характера, уважающие предмет в своей специфике — и не чисто философские аргументации, изыскивающие закономерности, применяемые для предмета извне и спекулятивными образами, — могут сделать больше всего для того, чтобы право и его научный анализ стали специфическими и тем самым приобрели глубокого общественно-научный характер.

Из запоздания перемены в подходах вытекало то, что пока социалистическая юридическая наука, исходя из идеологических соображений и вулгарно-догматического понимания базиса и надстройки, по сути дела, исключила возможный континуитет между различного типа правовыми надстройками, возможность классово индифферентных компонентов и возможность сопоставления правовых систем различных формаций, по сути дела также исключила подход к праву как инструменту и оценку его инстру-

ментального развития. По сравнению с этим, в странах с другими научными традициями уже начались такие исследования, которые в форме научных статей по конкретным темам обнаружили, что инструментальные элементы — методологические, понятийные и относящиеся к структуре норм компоненты — упорно выдерживают испытание временем и, оказываясь в совсем иной общественной и юридической среде, они также способны на приспособление и могут стать эффективным фактором оказания общественного воздействия.^{10/} Без того, чтобы ридилось общее объяснение этого факта со стороны общественных наук, недвусмысленно выяснилось, что заимствование права между различными общественными формациями представляет собой не только способ развития права, применяемый в чрезвычайных исторических положениях, но, может быть, один из самых универсальных способов, применяемый в самом широком кругу. Это настолько так, что благодаря этому человечество в ходе своего многотысячелетнего развития всегда в качестве достижения цивилизации использовало то, что было создано как таковое предками раньше. Тем самым признание решительно инструментального характера и природы права не препятствует тому, чтобы в рамках данной правовой системы получило признание одновременное присутствие элементов сохранения и изменения и их диалектическое единство, необходимость и реальность непрерывного возобновления и приспособления.

И этим приходим к специфической черте права как надстроечного явления, которая кажется очевидной, но с которой теория далеко не всегда считается. Речь идет о том, что право складывается из определенного функционирования данного арсенала средств. Очевидно, что механизм взаимодействия имеет другой облик, когда речь идет о создании простого арсенала средств и когда речь идет о его практическом применении. И это так, если даже иметь в виду, что такое различие возможно только в плоскости умственной реконструкции, ведь каждая форма применения на практике представляет собой и развитие средств, а образование средств уже и само по себе означает вызывание определенного практического эффекта.

х х х

Подводя итоги в форме краткого исторического обзора, нам надо констатировать следующее:

Понятия "базис" и "надстройка" были оформлены Марксом не как категория действительности /как определение бытия/ и не как категория познания /как определение, отражающее известные соотношения действительности в качестве закономерностей/, а как метафора с эвентуальным характером, как сжатое и угрожающее дидактическое выражение известных предчувствий. Обращение с ними как с парой категорий и их упрощенное применение наблюдается сперва у Энгельса. На основе такой практики потом вульгаризация приобрела общий характер и это заставило самого Энгельса отгораживать себя от всего этого и категорически обратить внимание и на диалектику обратного воздействия в противовес марксовым подчеркиванием окончательной определяющей роли экономики. Сталин дал такое толкование, что надстройка в силу необходимости "соответствует" базису, что исключительная роль надстройки — служение базису, следовательно надстрой-

ка имеет классовый характер, который означает исключительно служение господствующему классу. Таким образом пара категория базиса и надстройки у Сталина стала такой основной категорией общественных наук, которая вне экономической сферы исключила всякую специфичность и придавала надстройке только рефлексный характер. Это учение отрицало взаимное влияние надстроек и то, что в ходе изменений в базисе надстройки могут перерастать одна в другую. Категорическая позиция Сталина повлекло за собой парализующее теоретическое влияние и упрощенное применение марксовской идеи в конечном счете ставило под вопрос теоретическую ценность и содержание данной пары категорий.

Позднее в рамках такого подхода к тотальности, который Л. Лукач попытался изложить по марксовской методологической идеи, за метафорой базиса и надстройки кроется, на самом деле, бесперебойное взаимное влияние комплексов, составляющих общество в целом, а также предчувствие переноса экономической сферы в этом взаимном влиянии. Тем самым взаимное влияние может происходить только в ходе разветвления специфики каждого отдельного комплекса. Таким образом параллельно с прогрессом общественного развития отдельные комплексы всегда реагируют на стимулы извне, но все более специфично и по-своему. В области права, где формальный арсенал средств функционирует по формальным процедурным требованиям, в большинстве случаев такое реагирование происходит не посредством создания арсенала средств или его формального изменения, а путем манипулированного приведения в действие готово полученного арсенала средств. Реконструируя с онтологической точки зрения, параллельно с постоянной манипуляцией все это предполагает и приводит к постоянному развитию реальных характеристик арсенала средств, то-есть его социального значения и значимости.

Сноски

- 1/ Тру. Alice Erh-Soon-Kamenka, Eugene: Marxism-Leninism and the heritability of law, Review of Socialist Law, VI /1980/, p. 263.
- 2/ Напр. Арт. R.-Lungwitz, H.: Die Entwicklung des Sozialistischen Rechts und die bürgerliche Traditionen, Staat und Recht, 1963/5.
- 3/ Напр. Решка Vilmos: Jogforrás és jogalkotás, /Источник права и правотворчества/, Budapest, Akadémiai, 1965. глава IV, пункт 1; Дондогел, V.: Dreptul penal socialist al tarii noastre: Raportul dintre continutul normativ si continutul social-politic al dreptului penal din Republica Socialista Romanin. Studii si cercetari juridice, 1965/3;

- Naschitz, Anita H.: "Le problème du droit naturel" à la lumière de la philosophie marxiste du droit. Revue roumaine des Sciences sociales: Série de Sciences juridiques, X/1966/1, III.; Szotácski, Mihály: A jog lényege, /Сущность права/, Budapest, Közgazdasági és Jogi, 1970. глава IV, пункт 2; Неновски, Энцо: Приемствеността в правото, София, Наука и Искусство, 1975. глава V. и т.п.
- 4/ В самой яркой форме см. напр. Пешка, цит. раб.
- 5/ В самой яркой форме см. напр. Неновски. В социалистической теории каждый такой подход можно свести к новаторской статье Traian Ionescu-Eugen A. Barasch: Les constantes du Droit: Droit et logique /Revue roumaine des Sciences sociales: Série de Sciences juridiques, VIII /1964/ 2/. Правда, авторы сделали довольно общий вывод, высказывая "постоянство логики" /стр. 143 цит. раб./, но в социалистической юридической науке они впервые различали "осуществляемую сущность" от "техники осуществления" /как цели и средства/.
- 6/ Имре Сабо, Основы теории права, Москва, Изд-во "Прогресс", 1974, стр. 149-150.
- 7/ Vargha, Csaba: The Place of Law in Lukács' world Concept. Budapest, Akadémiai, 1985. Cap.V.
- 8/ "Если составим инвентарную опись, то в ней все появится в реальных или просто возможных группах, нам пришлось бы только указать на те, которых общества действительно осваивали." См. Lévy-Strauss, Claude: Szomorú trópusok, /Грустные тропики/, Budapest, Európa, 1973. p. 192. Следует отметить, что среди авторов, указанных в сноске 3/, Нашин указал на источник общины, переселенческие общественно-экономические формации, но с тем, что "человеческий фактор", а у Неновски /гл. VII-VIII/ с тем, что "социальное бытие" и "социологическое явление управления обществом, проявляющееся во всех общественных образованиях", в силу необходимости создают подобные формы решения.
- 9/ "Мы знаем только одну единственную науку, науку истории". См. К. Маркс, Немецкая идеология, In: К. Маркс-Ф. Энгельс, Сочинения, Т.3, стр.16.
- 10/ Эмпирический эксперимент и теоретические выводы Ватсона сопоставляются с проблематикой марксистской теории права в работе Vargha Csaba: Jogátültetés, avagy a kölcsönzés mint egyetemes jogfejlesztő tényező, /Трансплантация права или же заимствование как универсальный фактор развития права/, Állam- és Jogtudomány, XXIII /1980/ 2.

Појам права у Лукачевој онтологији

ПРЕВОДИ

Када је реч о прирасту Марксовом схватању права, о његовом објашњењу и одређењу, расправе у марксистичкој теорији права већ неколико година прихватају образац цитирања као своје кључно полазиште, почињући при том општепознатим ставом из *Комунистичког манифеста*, несумњиво најпознатијим исказом о праву који су Маркс и Енгелс икада дали. Тај став дословно гласи: „ваше право је само у закон претворена воља ваше класе, воља чији је садржај дат у материјалним условима живота ваше класе.“¹⁾ Оваква дефиниција, без обзира на то како је срочена, свакако не би требало да *по себи* одлучујуће утиче на реконструкцију *аутентичног* Марксовог схватања права. Са чуvenом Марксовом и Енгелсовом формулацијом поступало се онако како су то захтевале *одређене* идеолошке потребе *одређене* друштвене и политичке ситуације, и она је требало њима да служи.

Шта овим желим да кажем? Као што је познато, развој марксистичког правног мишљења уопште, а посебно с обзиром на конкретноисторијске услове социјалистичког права, морао је у СССР-у раних тридесетих година да претрпи значајне измене. Консолидација друштвених односа, уз помоћ формалног права које ствара и санкционише држава историјски, кретала се упоредо са институционализацијом Стаљиновог устоличења, које је претендовало на то да заступа основне захтеве друштва за новим, социјалистичким типом права, упркос томе што је уистину водило у ћорсокак. Са Стаљином је угашена свака нада у скоро

*) Csaba Varga, „*The Concept of Law in Lukacs Ontology, »Rechtstheorie«*, 3/1979, S. 321—337.

¹⁾ Karl Marx/Friedrich Engels, *Manifest der Kommunistischen Partei*, у: Karl Marx/Friedrich Engels, *Ausgewählte Schriften I*, Moskau, Verlag für Fremdsprachige Literatur, 1951, 39.

одумирање државе и права, а право је уместо тога стално јачало. Да би се прилагодни потребама Стаљинове дневне политике, овај правац мишљења, на чијем је челу стајао Вишински, приклонно се нормативизму и овај је тријумфовао.²⁾ Што се тиче теоријске заснованости, нормативизам који је оличавао Вишински био је еклектички, мешавина међусобно недовољно усклађених ставова страних један другом. У пракси је то учење ишло руку под руку са волунтаризмом, док је у теорији, с друге стране, тврдило да заступа епистемолошко схватање права.

Мада је 1950. године Стаљин закључно да *језик не треба* сматрати делом надградње и да, следствено, с обзиром на његову природу, није значајно то да ли је неко, у себи неутрално средство друштвене акције, као нпр. средство производње, железнички систем или топ, било у царским рукама или су га користили совјети³⁾, право је почело да се схвата искључиво као саставни део надградње, при чему се, корак по корак, почела приписивати вредност истине у епистемолошком смислу не само тоталитету феномена право већ и конкретним нормативним структурама као његовим, у епистемолошком смислу, мерљивим елементима.

Укратко, сматрало се да став из *Комунистичког манифеста* нуди аргументе, односно дедуктивни основ бар за три поставке, подједнако потребне политичким и идеолошким захтевима тога доба:

1. Упућивање на *право као израз воље* у извесном смислу утире пут ка разради једне релативно аутономне теорије воље у оквиру марксистичког учења о праву, и то само зато да би се дошло до таквих питања ко што су нпр.: „треба ли право свести на било чију вољу у психолошком смислу“ или је, напротив, „право израз колективне воље која је општа воља друштва у Русоовом смислу?“⁴⁾

²⁾ Упор. Imre Scabo, *The Notion of Law*, »Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae«, XVIII (1976) 3—4, нарочито стр. 267 и даље.

³⁾ J. Stalin, *Ueber den Marxismus in der Sprachwissenschaft*, Einheit, X (1950) 8, Sonderbeilage.

⁴⁾ Види нпр. I. E. Farber, *O klassovo-volevom karaktere prava*, »Pravovedenie«, I (1957) 1, 32—41; Mihaly Sztotaczky, *A jogi akarati osztálytartalma*, Budapest 1959, 30 (*Studia iuridica auctoritate Universitatis Pécsi publicata* № 6); Imre Scabo, *A szocialista jog*, Budapest 1963, gl. I; Mihaly Sztotaczky, *Les rapports entre l'intérêt individuel et l'intérêt de class dans le droit objectif*, »Acta Juridica« VI (1964) 1—2, 119—150; Vilmos Peschka, *Jogforrás és jogalkotas*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1965, gl. IV; Mihaly Sztotaczky, *A jog lényege*, Budapest, 1970, gl. II—III.

2. Совјетско право из средине двадесетих година, које се у почетку углавном стварало одлукама револуционарних судова, морало је, да би одговорило револуционарним захтевима тога времена, да се преобрази у формалан правни систем, који признаје искључиво униформно правно правило, а оно се руководи само највишим законским прописима. Тако је због потребе друштвене и политичке консолидације уз помоћ закона право морало бити сведено на озакоњене прописе, што су совјетски теоретичари подржавали, позивајући се на Марксову и Енгелсову наведену дефиницију.

3. Недостатком било какве онтологије која би почивала на марксистичкој филозофији може се објаснити, али никако и оправдати, чињеница да су се социјалне објективације тек однедавно такође схватале и сврставале као одрази у епистемолошком смислу. Схватање права као *одраза*, по потреби правог или лажног, друштвених односа на којима оно почива, није могло одолети искушењима *економског детерминизма* који није толеришао или, у најмању руку, није био склон да уважи постојање једног посредног, знатно флексибилнијег процеса социјалног кретања у чијем се крилу право развија кроз сложену мрежу узамјамне детерминације и релативне самодетерминације. Стварни путеви и видови социјалне детерминације права, ослобођени било каквог епистемолошког схватања, тек треба да се истраже у марксистичкој филозофији, односно у оним новим правцима у њој који се залажу за јасно разграничење *онтолошког*, с једне, и епистемолошког приступа, с друге стране.

Што се тиче онога што је речено и онога што стварно значи наведени став о праву, ваља имати на уму да су Маркс и Енгелс једну популарну политичку декларацију, писану у форми памфлета и у релативно раном периоду њиховог дугог и стваралачког живота, морали да разраде, употпуне и изложе у низу мањевише систематских радова, при чему се њихова социјална филозофија никако не може сматрати најбољим местом за строге дефиниције, у којима сваки термин у систему појмова има аксиоматско значење које треба тумачити дедуктивно или, грубо речено, на начин „класичне филозофије“. Тачније, неко може да оствари такве операције на било ком тексту, али не може да тврди како њихово важење *надилази* предмет његовог истраживања, премисе и постулате.

Од пресудне је важности да се уочи следеће. *Прво*, упућивање на *право* као *вољу* није се ослањало на

општеприхваћену теорију воље у немачкој јуриспруденцији XIX stoleћа, које се са интересном јуриспруденцијом такмичила у објашњењу основа важења како за приватноправне уговоре тако и за позитивно право; и, друго, позивање на „вољу претворену у закон“ није био само случајан вид изражавања, лишен било каквог историјског основа за оштро разграничење између формално озакоњеног права и других врста правних правила (неформално судијско или обичајно право, итд.). Упркос томе, значење Марксовог и Енгелсовог познатог става могло би се такође реконструисати и у сасвим другачијем смислу. У складу с тим, право треба схватити као: 1) *вештачку конструкцију човека*⁵⁾ која има *практичку релеванцију*, 2) која је прожета *формалним нормативитетом*, и 3) која је у односу *кореспонденције са економском основом*; не само што оваква поставка звучи уверљиво већ она много више одговара историјском контексту и могућностима поимања света, које су Маркс и Енгелс изложили.

Колико само изненађује контраст, уочљив из једног другог Марксовог става, написаног у исто време у *Беди филозофије*, где он оспорава нека Прудонова становишта. Као да је реч о контрасту колико реалном толико и фиктивном. Јер, разлика у ставовима из *Комунистичког манифеста* и *Беде филозофије* није само у различитим изразима који се користе већ, првенствено, у могућностима њихове интерпретације. Оба исказа изражавају исто теоријско становиште, али, с обзиром на своје контексте, они имају у извесном смислу различита значења. То је оно што у најмању руку сугерише преминули мађарски класик марксистичке филозофије, Ђерђ Лукач, који је у свом посмртно објављеном раду настојао да успостави основе за једну онтологију друштвеног бивствовања, покушавајући при том да развије интерпретацију засновану како на стварном значењу Марксовог дела тако и на порукама нашег времена.

Одређујући место права у својој онтологији, Лукач почиње навођењем Маркса, али зато да би га реинтерпретирао. „Са становишта приоритета и самодетерминативности економских процеса... Маркс је предложио следећу дефиницију: „право је само офи-

⁵⁾ Израз је први употребио Georg Klaus, *Einführung in die formale Logik*, Berlin, VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, 1958, 72.

цијелно признање чињенице⁶⁾, у првом реду оне да предност ваља дати економској сфери. Ова готово афористичка дефиниција врви садржајима, укључујући и неизбежну опречност између права и друштвеноекономске стварности... Одређење 'чињенице' и 'признања' тачно изражава везу с обзиром на онтички приоритет економије: право је само особена сфера менталног одраза онога што се *de facto* збива у економском животу. Термин 'признање' даље ће диференцирати особену природу ове репродукције, и то тако што у први план истиче њен практички карактер, на рачун теоријског или контемплативног. Јер, такав израз вероватно би био очигледна таутологија уколико би имао у виду само теоријску везу, као нпр. 'Ја признајем да је два помножено са два четири'. Признање ће имати стварно, смисаоно значење само у практичком контексту, наиме, уколико се тим изразом жели установити реакција на познате чињенице, или уколико се жели понудити гледиште о томе какви телеолошки постулати морају резултирати из чињенице у питању, односно на који начин ваља ту чињеницу сматрати резултатом претходно постављеног телеолошког постулата. Принцип о којем говоримо у потребној мери је конкретизован помоћу атрибута 'официјелно'. Карактер требања ће тако имати свој субјект — тј. државу — у социјалном смислу јасно дефинисан. Због тога што је садржина државе детерминисана класном структуром, њена власт, принципијелно, означава монопол на утврђивање начина просуђивања бројних резултата људске праксе, начина на који ће они бити оквалификовани као дозвољени или забрањени односно кажњиви, укључујући и монопол на одређивање чињеница друштвеног живота које треба, и како треба, сматрати правно релевантним.⁷⁾

Не смемо да заборавимо како је Енгелс, у писму које је при крају свога живота писао у самокритичком, готово извињавајућем тону, упозоравао да је неприхватљиво схватање које однос база—надградња, онога што детерминише и онога што је детерминисано, види као искључиво једнозначан. У интересу научничке стратегије морала су се подстицати истраживања која ће пружити и разрадити доказе о *целокупном обиму детерминације преко економских чинилаца који преовладају* у свакој сфери људског искуства. То,

⁶⁾ Karl Marx, *Das Elend der Philosophie*, Berlin, Dietz, 1971, 88.

⁷⁾ György Lukacs, *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins*, II, Budapest, Magvető, 1976, 216—217.

међутим, никако не значи да је економску детерминацију требало, у крајњој линији, изједначити са одрицањем, па чак и минимизирањем значаја читавог обила узајамне редетерминације која се остварује у једном дијалектичком процесу. Свака појава већ по својој егзистенцији поседује *сопствену сферу утицаја, који као реакција делује и на своје детерминанте*. Управо ту многострукост детерминације објаснио је Лукач на феномену права.

„У модерној држави“, писао је Енгелс, „право мора не само да одговара општој економској ситуацији, да буде њен израз, већ мора бити и *у себи усклађен* израз који не оповргава самога себе својим унутрашњим противречностима. А да би се то постигло, све се више губи верност одражавања економских односа.“⁸⁾ Колико год да је ово писмо било познато марксистичким правним теоретичарима, оно као да социјалистичко правнотеоријско мишљење није учинило плодоносним онако како је то учинио Лукач, користећи се њиме у интерпретацији Маркса. У ствари, Енгелс овде износи најмање три поставке чије теоријске конвенције иду у прилог лукачевском односно онтолошком приступу праву:

1. *право* јесте производ низа многоструких процеса детерминације и оно *не одражава само економску сферу* на коју треба да реагује *већ* исто тако и „технолошке“ захтеве свога обликовања, функционисања, итд;

2. право стога мора да има *сопствену структуру, форму егзистенције*, итд;

3. та структура, форма егзистенције итд., као карактеристика права, *не може се непосредно дедуктовати из економских услова* и у свом развоју испољава супротну тенденцију *одвајања* тако што задобија мање-више релативну самосталност у односу на економске услове.

Чињеница што је у неколико протеклих деценија марксизам морао да искуси многа искривљавања, која су га учинила крутим у методолошком и антидијалектичком смислу, нема ништа заједничког са било каквим свесним, принципијелним опредељењем, већ је она само пробитачан израз датих политичких тенденција, а што се може показати разликом у интерпретацији ових двају класичних места; при том су истоветни закључци извођени из сасвим различитих премиса.

⁸⁾ Friedrich Engels, *Писмо К. Шнурт од 27. октобра 1890*, v: Karl Marx/Friedrich Engels, *Selected Correspondence* (1846—1895), New York, International Publishers, 1942, 481.

Наиме, док се став из *Комунистичког манифеста* користио само зато да би се развила теорија воље а право изједначило са законом односно позитивним правом, у случају Енгелсовог писма, међутим, чак ни јасна фраза, јасно изражени контекст и ауторове намере нису били довољни за становиште које би имало онтолошку релеванцију. Енгелсово писмо се углавном интерпретирало као благо упозорење правној политици да право не може да толерише унутрашње противречности или, што је заиста парадоксално, у прилог тези да је право детерминисано економским условима.

Сада се ваља подсетити на оно што је Маркс рекао о корелацији између друштвеноекономских услова и степена развоја науке у било које доба.⁹⁾ Садашње стање развијености друштвених наука одражава управо те *измењене* услове и задатке који стоје пред њима у савременим социјалистичким друштвима. Чини се да је управо Лукачево постхумно објављено дело *О онтологији друштвеног бивствовања* на највишем нивоу изразило те задатке. Тиме што је успоставило основ за елаборацију једне онтолошке теорије као додатне уз епистемолошку, то дело подстиче на много више диференцираних анализа. Лукачев рад ваља сматрати само као у основи конзистентно промишљање могућности интерпретације које постоје у Марксовим и Енгелсовим делима, односно као њихову реконструкцију у правцу једне аутономне марксистичке онтологије. Та реконструкција, међутим, не остварује се у вакууму. Социјалистичко правнотеоријско мишљење има већ два десетлећа стару традицију раскида са нормативизмом Вишинског и дала је значајне радове у области социјалне теорије права¹⁰⁾, као и низ радова који не само што ревалоризују западно правнофилозофско мишљење већ га и превладавају у новом теоријском оквиру.¹¹⁾ Нема никакве сумње да Лукачево дело игра улогу фермента у марксистичкој теорији права. Истовремено, до сада се само делимично приступало његовом критичком вредовању са правнотеоријског становишта.

1. Да би истакао значај онтолошког приступа, Лукач друштво анализира као *систем социјалних комплекса*. У ствари, таква анализа представља на је-

⁹⁾ Karl Marx, *Zur Kritik der politischen Oekonomie*, u: Marx/Engels, *Ausgewählte Schriften*, I, 338.

¹⁰⁾ Imre Scabo, *Les fondements de la theorie du droit*, Budapest, Akademiai Kiado, 1973.

¹¹⁾ Vilmos Peschka, *Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie*, Budapest, Akademiai Kiado, 1974.

зик онтологије преведену укупност друштвених односа, коју су Маркс и Енгелс изложили у *Немачкој идеологији*. Само оваквим поступком могао је Лукач обезбедити конзистентност утврђивању реалне егзистенције социјалних објективација у оквиру једне онтолошке теорије.

„... социјална егзистенција је већ у најпримитивнијем стадијуму свога развоја комплекс који се састоји од комплексâ и у њему се остварује непрекинута интеракција између појединих комплексâ, с једне стране, и тоталног комплекса и његових делова, с друге. Управо из те интеракције развија се процес репродукције тоталног комплекса, и то тако што чак и парцијални комплекси могу себе да репродукују, мада ипак само са релативном аутономијом. Упркос томе, у свим овим процесима, репродукција тоталитета... конституише моменат који надвисује овај многоструки систем интеракције.“¹²⁾ Постоји, стога, потреба за *трансмисијом* између комплексâ, и то таквом трансмисијом која ће чак и на врло ниском ступњу оживети разноврсне *посређујуће комплексе* са релативно самосталном социјалном егзистенцијом. У такве комплексе убрајају се, поред осталих, и језик и право, чијој посређујућој улози Лукач посвећује посебну главу своје *Онтологије*.

Raison d'être ових комплексâ састоји се у томе што они делују као посређујући чиниоци између других комплексâ. Онтолошки посматрано, то значи да они делују као парцијалне детерминанте у сложеном процесу детерминације, у којем постоји непрекинута кретање, карактеристично за социјалну егзистенцију. Зато ће ове парцијалне детерминације морати, с једне стране, да одражавају како детерминацију тоталног комплекса тако и парцијалних комплексâ, а, с друге, да би олакшале своју реакцију на ове, мораће да се од њих одвоје како би — задобијајући релативно аутономну структуру, принципе функционисања итд., — могле да остваре своју функцију социјалног посређовања.

2. Околност што материјалне творевине имају *приоритет у времену*, не подразумева и *онтолошки приоритет*. Од тада па надаље људска свест и њене објективације настају као особене категорије социјалне егзистенције, због чега ће и оне сâме стећи „функцију, и то изразито динамичку, једне реалне егзистенције“.¹³⁾ Њихов онтолошки статус не зависи од онога

¹²⁾ Lukacs, 140.

¹³⁾ Ibid., 188.

шта оне одражавају и са каквом адекватношћу. *Људска свест и њене објективације постаје конститутивни елементи социјалне egzистенције само онда и онолико када и колико остварују реалну функцију и на реалан начин.*

Ово постаје потпуно јасно на примеру *идеологије*, која је „пре свега облик социјалног поступања са стварношћу и којом се човекова друштвена пракса чини свесном и ефикасном“.¹⁴⁾ Нема никакве потребе наглашавати да је један од најзначајнијих видова идеологије њихова *епистемолошка заснованост* и позадина, то што су оне одраз стварности са датим степеном адекватности. Ипак, са онтолошког становишта, то није њихова одређујућа црта. Принципијелно, онтологија истиче у први план динамички проблем *актуалног социјалног функционисања* уместо статичког проблема сазнања. Онтологију не занимају актуални садржаји идеологија, већ пре свега то да сазна да ли они јесу или нису адекватна средства за дати друштвени слој „с обзиром на то како преносе њихове социјалне конфликте, а такође и с обзиром на колизије које шире на интринсичну личну сферу, уместо да их окончају“.¹⁵⁾ Строго говорећи, није ни неопходно да постоји унутрашња истоветност између њиховог *конкретног језичког значења* и оног које им се приписује у друштвеној пракси. *Онтолошки статус идеологија ваља одредити не с обзиром на то шта су оне по себи, већ имајући у виду оно што је друштвена пракса од њих учинила.* Како каже Лукач, „апсолутно мерило идеологије није у томе која је од њих епистемолошки тачнија или друштвеноисторијски напреднија, већ у мери којом једна идеологија подстиче одговоре на питања која *бивствовање-по-себи* у свако доба поставља о развоју друштва и сукобима у њему“.¹⁶⁾

Лукач даље наводи примере за то како се у многим земљама, у току њиховог средњовековног развоја па и касније, различито остваривала рецепција римског права. Заиста, уместо питања о било каквом идентитету интринсичне садржине или епистемолошке адекватности са римским правом које је објективисано у писаним нормама, *искључиво* се постављало питање друштвене праксе. Наиме, под каквим је условима, на који начин, са каквим дејством итд. дошло до рецепције права (која се, с обзиром на принципе, углавном ослањала на *исти* посткласични Corpus Iuris Romani).

¹⁴⁾ Ibid., 449.

¹⁵⁾ Lukacs, 474.

¹⁶⁾ Ibid., 466.

При том бих желео само да нагласим потребу да се разликује онтолошка тачка гледишта од епистемолошке, и то пре свега зато што та два приступа, чак и када су узајамно повезана, не претпостављају један другог на директан начин. Њихова се веза може разматрати и вредновати само на другом плану и полазећи од примата онтолошког. „Зато се“, пише Лукач, „свест која преовлађује у таквој вези не сме изучавати епистемолошки, јер се тачна или лажна природа њеног садржаја испољава у особеној друштвеноисторијској дијалектици.“¹⁷⁾

3. *Интринсична противречност права* произлази управо из чињенице што је *право посредујући комплекс који има аутономну социјалну егзистенцију*. Од момента када правни феномен задобије екстериоризовано-објективисану форму, од тада па надаље та противречност прожима све видове кретања права. Јер, да би постало претходно установљен образац за одлучивање, *право мора да се појави као претходно фиксирана језичка објективација коју ће, међутим, актуална друштвена пракса права непрекидно превладавати*.

Унутрашња неминовност оваквих конфликтних тенденција произлази из социолошког доказа. Очигледно је да ће *исти* они чиниоци који су инструментални за објективацију права утицати и на његово практичко деловање. У крајњој анализи, превладаће детерминација преко тоталног социјалног комплекса, мада ће се у процесу спонтаног подређивања праву и пресуђивању дата врста *правне објективације*, тј. писане норме позитивног права, учврстити као посредујућа детерминанта — у мери и на начин конкретно одређен. Ако се има у виду однос између правног комплекса и осталих комплекса, *правну норму* ваља сматрати производом *историјске детерминације*, док њено примењивање у пракси није ништа друго до сусрет ове детерминације са *актуално преовлађујућом*. Зависно од склада или несклада између тих двају детерминације, *практичне манипулације* правном нормом дешаваће се у мањој или већој мери.

Тако објективисано право стиче специфичну егзистенцију, док ће његово практично функционисање стално превладати овакву појавну форму. Уколико правна теорија жели да се провуче између Харибде тзв. „*појма јуристичког света*“, који из правних норми дедукцијом реконструира друштвену стварност, и *Сице епистемолошког приступа*, који правне норме своди на сазнајни одраз друштвене стварности, она ће

¹⁷⁾ Ibid., 189.

морати да се ухвати укоштац са овим дуалитетом у свој његовој противречности. Како се социјална егзистенција правног феномена налази управо у овој противречности, онтолошки опис права мора одатле да крене. Отуда друштвена стварност права и није ништа друго до „симултана коегзистенција и међусобно спајање... важећег система позитивног права и његовог друштвено-економског фактицитета који се у свакодневном животу обликује“.¹⁸⁾ Штавише, тај дуалитет није дат једном заувек. Имајући на уму неколико чинилаца, а пре свих динамизам законодавства, можемо рећи: што се *право буде више сводило искључиво на објективисане нормативне структуре*, утолико ће истакнутије избити у први план средства и методи правосуђа, који — као средства и методи *практичке манипулације правом* — служе као *практички корективи*. Њихова функција састојаће се у томе да право прилагоде потребама бивствовања-по-себи одређеног друштва.

4. Уколико се имају у виду макар само оне правне културе које су се изродиле на европском тлу — а које су искључиви предмет Лукачевих истраживања — могао би се извести општи закључак да „што је чистије социјализован друштвени живот, то се снажније развија и чистија је правна форма“.¹⁹⁾ У античко доба као и у средњем веку то се пре свега остваривало објективацијом *права као писане нормативне структуре*. Настанком робне производње, а затим и буржоаске владавине у модерно доба, радикално су се трансформисале како правна форма тако и њена улога у друштву. Реч је заправо о новој појави разноврсних форми „социјализације друштва“, односно о томе да се она шири на нова подручја и манифестује у новим институтима. Неопходно је размотрити материјалну базу оваквог развоја. Заиста, „сама производња постаје толико сложена да чак и они институти за које се на први поглед чини да мало или готово нимало немају везе са материјалном производњом робе, ипак постају неодвојиви од укупног процеса“.²⁰⁾

Са *калкулаторским гледањем* на буржоаску привредну активност, засновану на рационалној калкулацији капитала, економија треба да *продре у право* како би својим особинама и потребама прилагодила не само структуру права већ и идеологију на којој се оно темељи. „Право је постало сфера друштвеног жи-

¹⁸⁾ Лукас, 216.

¹⁹⁾ *Ibid.*, 212.

²⁰⁾ *Ibid.*, 481.

вота где се последица одређеног чина, могућност успеха и ризик губитка калкулишу на начин врло сличан оном у привредном животу... Тако се позитивно право у позитивизму... развија у практички веома значајну сферу у којој друштвено порекло, историјски развој услова итд. за право постају теоријски утолико мање релевантни уколико се упореде са њиховом чисто практичком корисношћу.“²¹⁾

Управо овај квалитативно нови захтев за калкулацију условно је и ојачао до неслућене конзистентности *предоминацију формално рационализованих структура права*. С једне стране, нова функција права, усредсређена на извесност предвиђања, претпоставља „технолошку“ трансформацију права. Због тога се као главни циљ јавља поновно успостављање права као формално рационализованих нормативних структура од којих се, због тога што утичу једна на другу и што стварају организован, у себи кохерентан систем, очекује да служе као оптимални основ за калкулацију. Практична последица овога јесте да на дневни ред долази проблем субординације.

5. Ова метаморфоза испољава се као нова фетишизација која прожима „појам јуристичког света“. Што се структуре права тиче, она је скривена у околности да „право треба посматрати као чврст, кохерентан, „логички“ недвосмислено одређен домен; не само као објект чисте манипулације у пракси већ такође и као теоријски иманентно затворен, аутономан, посебно-довољан комплекс, отворен за побољшања само помоћу правне „логике““.²²⁾

На овоме се заснива цео проблем субординације и он постаје све више фетишизиран управо захваљујући подршци коју му у томе пружа формална правна логика. Као производ тенденција на Западу, тако *затворен систем* постаје феноменална форма права, док је његова *логичка примена* израз и идеологија његовог практичког функционисања. Засигурно, далеко од тога да би *логичка анализа* правног резонувања била излишна. Међутим, када она охрабрује „појам јуристичког света“, који је карактеристичан за позитивизам, она постаје пример фетишизације. Или, како Лукач, каже, очигледно је да у примени права „дијалектика (која важи за сво кретање у друштву — прим. Ч. В.) и сукоб класних интереса који одатле проистичу пос-

²¹⁾ Lukacs, 215.

²²⁾ *Ibid.*, 215—216.

тају коначна детерминанта, а логичка субординација показале се само као феноменална форма“.²³⁾

6. Ипак, фетишизација логичког аспекта права јесте само једна страна проблема. Развој права као тоталног скупа нормативних структура у кохерентан систем пренео је на правну форму аутономију која износи на видело нове тенденције — њему одувек инхерентне, а од сада преовлађујуће у невиденој оштрини.

У ствари, *правна регулација је изнад свега несазнајне природе*: „она не репродукује сазнајне објективне ‘ствари-по-себи’ друштвеног процеса, већ вољу државе о томе шта у датом случају треба да се догоди и како“.²⁴⁾ Истовремено изгледа да сазнајна активност у општем смислу претходи правној регулацији и утемељује је. Ипак, колико год да је сазнање поуздано, оно ће се изопачити до непрепознатљивости онда када се трансформише или, тачније, трансформулише у систем међусобно повезаних нормативних структура. Друкчије речено, „правни одраз није чисто теоријске природе: он мора првенствено и непосредно да буде практичке природе, како би постао истински правни систем. Због тога ће свако утврђивање правних чињеница имати двоструки карактер. Прво, оно мора да представља релевантно мисаоно обележавање чињеница у питању, и мора да има форму појмова онолико одређених колико је то уопште могуће за једну квази-дефиницију. Такви искази треба да створе један кохерентно конзистентан систем, ослобођен било каквих противречности. Овде ће се поново врло јасно показати: што се даље одмакло са систематизацијом, то се она мање ослања на стварност. Или, систем се не ствара одразом стварности; он ће у најбољем случају бити средство њеног апстрактног уједначавања. Друго, теоријска затвореност, као и официјелно проглашена конзистентност позитивног правног система... само су пуки привиди, при чему је, међутим, реч о привиду само са становишта система у питању. Са становишта онтологије друштвеног бивствовања, свака форма такве регулације — чак и ако је у највећој могућој мери учињена објектом манипулације — јесте у свако доба неопходна за друштвену стварност: она заправо припада ономе што означавамо као ‘бивствовање-по-себи’ друштва у којем функционише. Међутим, због тога кохеренција система, његово логистичко доказивање и оправдање постају привидни и илузорни. Јер, утвр-

²³⁾ *Ibid.*, 220.

²⁴⁾ Lukacs, 217.

бивање чињенице и њихово уклапање у дати систем не заснива се на друштвеној стварности, већ само на вољи владајуће класе, која настоји да регулацијом усклади друштвену праксу са својим намерама.²⁵⁾

О каквој тенденцији овде говоримо?

Да би право постало правни систем у пуном смислу речи, оно мора да буде непосредно практичке природе. На датом ступњу развоја друштва то се може постићи само тако што ће се, уз помоћ формалног одређења, нормативне структуре организовати као елементи једног у себи кохерентног система, ослобођеног противречности. С обзиром на то да, када је у питању друштвена стварност, постулати и принципи организације система одражавају управо ону вољу и методе, иманентне правилности и принципе структурализације многобројних института, појмовног апарата итд. који су инструменти практичког дејства права на друштво, по себи се разуме да *што је оваква систематизација развијенија, то даље слаби њена веза са стварношћу*. Управо у овом смислу епистемолошки приступ не само што се разликује од онтолошког — он му је и подређен. *Да би право постигло свој циљ, оно мора да одражава стварност у искривљеној форми*. Стога је епистемолошко искривљавање инструментално за функцију стварне егзистенције. У онтолошком смислу, ово се чак мора сматрати неопходним, јер се управо тако омогућује да на високом ступњу „социјализације друштва“ — када се тотални комплекс развија у свој својој сложености и када „доводи до крајности оспољавање којима је прожета свака чињеница друштвеног живота“²⁶⁾ — право може да делује као посредујући комплекс који, иако одвојен од других комплекса, међу њима ипак обавља *реалну функцију*.

7. На основу свега што је речено може се видети у којој мери је епистемолошки приступ заснован на пуким фикцијама које се не обазире на било какву верификацију. Изгледа да овакав приступ полази од две претпоставке: 1) право је сазнајни одраз, било истинит или лажан, друштвене стварности; 2) пресуђивање је само непосредна — дедуктивна — примена права на друштвену стварност. Узгред, ови ставови углавном и нису формулисани на тако заоштрени начин. На пример, *социјалистичка јуриспруденција* готово традиционално одбацује чак и само покретање оних питања која спадају у правну логику, и то у истој оној мери у којој сваку формалну логику гур

²⁵⁾ Ibid., 217.

²⁶⁾ Lukacs, 483.

у позадину. Истовремено, социјалистичка јуриспруденција одавно се навикла да право сматра одразом у епистемолошком смислу; с друге стране, међутим, руркована захтевом за законитошћу, она наглашава одлучујућу улогу коју право треба да одигра у пресуђивању, и то чини тако наглашено да се тај захтев на крају преображава у један на изглед теоријски фундиран став. При том *оно што се сматрало искључиво детерминисаним, сада се уздиже до тога да само постаје искључиво детерминишући чинилац*. Такво схватање осуђено је на пропаст не само зато што је антидијалектичко већ, следствено, и зато што је истовремено неспособно за прави увид у процесе којима се одликује кретање права.

У складу с тим треба истаћи да је *право производ практичке, а не сазнајно-одражајне активности*. То значи: 1) да се *право*, као резултат комплекса сазнајно-вредносно-телеолошких процеса, *успоставља као скуп образаца понашања и одлучивања којима се реагује на стварност*; и 2) да се од овог свог развојног момента па надаље, када се право објективисало као систем норми организованих у свом узајамном мејудејству, чак и *појединачне норме неизоставно формулишу с обзиром на унутрашње потребе датог система*. Стога ће и саме норме, управо зато што свој квалитет дугују томе што су конституенти система, имати према стварности однос *практичких објективација*.

Лукачево упозорење да је право „већ од свог настанка чисто успостављени систем“²⁷⁾, може се у двојструком смислу сматрати онтолошким становиштем.

Прво, *право као систем* није одраз спољашњег (укључујући нпр. и економске процесе) реда, већ *принцип унутрашње организације*, чији су методи реализације — заједно са степеном његове развијености, конзистенцијом и границама — *одређени тоталитетом практичких захтева који се упућују праву*. „Критеријум процеса објективишуће апстракције“, пише Лукач, „од којег се правног озакоњења очекује да дејствује на друштвену стварност, скривен је у околности да ли ће се правно озакоњење показати као успешно код успостављања, утврђивања, систематизације итд. сукоба који су витално значајни за друштво, и то у оквиру система који је у стању да обезбеди релативан оптимум, примерени ниво развоја дате формације, за решавање поменутих сукоба.“²⁸⁾ На пример,

²⁷⁾ *Ibid.*, 483.

²⁸⁾ Lukacs, 484.

формална рационалност може да делује као одређујући чинилац само у оној мери у којој (с обзиром на начин, степен, конзистентност, дате границе итд.) и стварање права и сво друштвено кретање на којима се оно заснива њој позајмљују квалитет одређујућег чиниоца. Овде ће постати очигледни не само потчињења улога права већ и подређени карактер логичких разматрања. Стварање права „никада се не одређује помоћу логичких критеријума (мада се све заиста појављује о логичкој форми), већ помоћу конкретних потреба конкретне друштвеноисторијске ситуације“.²⁹⁾ Логика само позајмљује формално рационализован израз преображавању датих потреба у нормативне структуре, организоване у оквиру система. Друкчије речено, „логика . . . остаје голо средство за било какво појмовно обликовање“.³⁰⁾

Друго, ред о којем говоримо озакоњен је из једноставног разлога што *није и стваран*. Истини за вољу, он и није ништа друго до методолошки принцип организације правног система, који има само хеуристички значај. Правни систем тежи оптимуму своје реализације. Међутим, право није у стању да то у потпуности оствари, с једне стране, а, с друге, његово непрекинuto практичко кретање стално га гура у нове противречности. Овим се може објаснити зашто је ред постулиран било системом позитивног права или његовом догматиком, и то само зато да би, обављајући нормативни захтев о свом ослобођењу од противречности, био у стању да идеолошки подржи елиминацију противречности у себи, које могу бити и незнатне, али у сваком случају актуално постоје.

8. Право овим путем постаје конкретно јединство квалитета, дефиниција и кретања која се сукобљавају, међусобно искључују или, у најмању руку, сударају једно с другим.

Прво, такви су *стварање и примена права*, између којих је, историјски посматрано, дошло до *функционалног прожимања* на нивоу тоталног комплекса. Упркос томе што озакоњено право, утемељено на правној политици, постулира образац функционисања с обзиром на које се дешава стварање права, а примена права односи се искључиво на дате фактичке ситуације, успостављене узоре понашања и одлучивања — ипак се пресуђивање показује као практичка делатност изложена утицају врло сложеног сплета најразличити-

²⁹⁾ *Ibid.*, 484.

³⁰⁾ *Ibid.*, 484.

јих интереса и побуда. Са принципијелног становишта, свака врста социјалне детерминације и утицаја на правосуђе треба да се остварује каналима законитости и владавине права. Међутим, на стварну праксу пре ће утицати интереси и побуде датог времена, него строги захтеви правне политике. Зато пракса често трансцендира принципе законитости и владавине права. *Актуално дејство права по правилу представља узајамну отвореност, па чак и преобликовање стварања и примене права, дакле узајамну отвореност процеса који јесу и остају формално постулирани као одвојени процеси, постављени на супротне тачке.*³¹⁾

Друго, из реченог произлази да *озакоњено право не покрива у целости феномен „права“*. Без обзира на то да ли ће се термин „објективисано право“ применити само на озакоњено право или не, нема никакве сумње да је, што се стварности тиче, потпуно оправдана разлика између „права у књигама“ и „права у чињеницама“.³²⁾

Треће, полазећи од иманентног цепања правног феномена, чини се прихватљивим разликовање између два вида, два смисла, два правца, схватања права, који се, иако условљени, међусобно искључују; реч је, да-како, о *позитивистичком и социологистичком схватању права.*³³⁾

Дуалитет и противречности о којима говоримо потичу одатле што у схватању права преовлађује категорија жељеног, својствена *позитивном праву*. Коначно морамо схватити да се наш увид у феномен „право“ формира и остаје затворен у границама жељеног. Стога је овом случају својствена противречност до које долази увек када „фактичност треба да буде детерминисана законима човека“.³⁴⁾ То значи, да онтолошки посматрано, сваки *опис позитивног права* који полази од жељеног, заправо *постулира обрасце идеалног сврставања чињеница*, уместо чињеница самих. У том смислу онтологија права мора принципе *законитости и владавине права* схватати као чињенице чији је утицај пре резултат компромиса него строго

³¹⁾ Csaba Varga, *On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning*, „Logique et Analyse“ 1973, № 61—62, прештампано у: *Etudes de logique juridique*, ур. Ch. Perelman, V, Bruxelles, Bruylant, 1973, 21 и даље.

³²⁾ Csaba Varga, *Quelques questionnes methodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques*, у: „Archives de Philosophie du Droit“, 18, Paris, Sirey (1973), 224 и даље.

³³⁾ Varga, *Quelques questionnes methodologiques...*, 215 и даље, нарочито 237 и даље.

³⁴⁾ Lukacs, 220.

схваћене детерминације. Друкчије речено, ти се принципи морају сматрати чиниоцима које је друштвена пракса објективисала као по себи детерминишуће принципе с обзиром на поступак стандардизације, усмеравање и формалну рационализацију; они, међутим, у својој стварној реализацији конституишу само нуки појмовни оквир система за најоптималнију манипулацију датом ситуацијом.

9. Одатле произлази да право као феномен није у статичком идентитету са самим собом, већ да оно стално поприма нове појавне облике и форме који, иако настају у дисконтинуитету, најчешће врше функцију нових законских прописа. Таква се интерпретација може дати само уколико се догматски приступ, заснован на позитивном праву, постулира помоћу правне политике. С онтолошког становишта, право је чисто и трајно кретање које се у етапама одвија између његових објективација, с једне стране, и непрекидана трансценденција која превладава ту објективацију, с друге стране.

Пошто се друштвено посредовање правом остварује само помоћу језичког посредовања — или, тачније, правна објективација јесте фиксирана језичка структура — очигледно је да ће се наметнути значајне сличности са језиком. А језик се, пише Лукач, у најбољем случају користи као „класификујућа генерализација“. Ово објашњава зашто „он може да оствари само апроксимацију“, јер „својственост као апроксимација индивидуалитета постаје значајна као особена одлика језичког израза“.³⁵⁾

Захваљујући овоме, друштвени развој неизбежно баца језик у бескрајни низ унутрашњих противречности. С једне стране, поставља се задатак, од виталног значаја, да језик достигне максималну јасноћу. С друге стране, међутим, мора се имати у виду и то да би потпуна елиминација било какве вишезначности неминовно довела до тога да се језику одрекне свака могућност посредовања. Ипак, у тој дијалектичкој супротности „језик практички може и мора да се материјализује управо у овом двојству опречних захтева. То и јесте разлог што се сви живи језици одликују овим двоструким кретањем у супротном правцу... Само сви покушаји да се превладају ове противречности дају прави увид у есенцијални, особени карактер језика, односно у његову јасно утврђену егзистенцију и кретање, наиме, у начин како да се

³⁵⁾ Lukacs, 195.

ускладе потребе које он сâм репродукује као истовремено адекватније, али никада и до краја савршено средство. Супротност тих двају тенденција извире из човекове социјалне егзистенције. И њој треба захвалити што је кретање у оквирима ове противречности постало темељ особености језика, али такође и његове непресушне плодотворности.³⁶⁾

Стандардизовање утицаја права и, у исто време, његово кршење у поступку свакодневне актуализације, суочава право са два, такође на сличан начин сукобљена захтева. Испуњење било којег од њих у мери која би искључивала други, или се њему не би прилагодила, водило би укинућу посредовања преко права као таквог. Због тога практички живот права, с овог становишта, и није ништа друго до непрестана осцилација која, растрзана, плови између двају противречних захтева.

Одатле произлази још један закључак. Нанме, да *практичку манипулацију права не треба схватити као апсолутно негативан феномен*, како се то сугерише у бројним правним доктринама ослоњеним на правну политику. Напротив, можемо рећи да на нивоу тоталног комплекса — наравно, у функцији датих друштвених услова — не само што *практичка манипулација не представља бreme за право, већ је она сâма његова срж*.

10. Пре него што изведем коначан закључак, морам да подсетим на оно што сам раније рекао о идеологији. *Идеологија* је категорија која сама за себе може да стекне *релативно аутономну социјалну егзистенцију*. Њена социјална егзистенција, међутим, не изражава се у речима којима се она користи. За њен онтолошки статус немају релеванцију ни вредновање истинитост њенога садржаја нити њен текстуални израз. *Њен онтолошки статус искључиво зависи од тога да ли и шта (епистемолошки истинита или лажна) идеологија, која следи иза свог (мање или више адекватног) израза, и која је такође у функцији осталих друштвених чинилаца — дакле, да ли и шта идеологија претвара у чињеницу друштвене праксе*, тј. у моменат који актуално утиче на кретање осталих комплекса, укључујући и тотални комплекс.

Чак и у оним правним културама у којима се правом сматра само оно што се претходно објективисало, скуп нормативних структура, у крајњој анализи, не може бити онтолошки релевантан. Без обзира на

³⁶⁾ Ibid., 200—201.

то да ли је *текст* религиозног, политичког или правног садржаја, он с онтолошког становишта *твори једино основ за везу, онтолошки проблематизован у мери у којој и с ђм постаје социјална чињеница и врши сопствени утицај на актуалну праксу.*

У складу с тим ваља закључити да је право заиста врло сложен феномен. Прво, *право као објективисани систем има функцију социјалне егзистенције* зато што је као такво засновано како на друштвено-економском захтеву за калкулацијом, која инсистира на формалној рационализацији тако и на правним постулатима који пружају институционални оквир за ту рационализацију; што је засновано не само на принципима правне политике већ и на различитим врстама јуристичких идеологија; и, коначно, мада не и мање значајно, што је засновано на правној пракси која се непрекидно репродукује у процесу превођења формално рационализоване природе права у друштвену стварност. — Друго, *различите врсте правних постулата и јуристичких идеологија такође имају функцију социјалне егзистенције.* Од свих њих очекује се да делују као средство посредовања у даљем остваривању друштвено-економског захтева за калкулацијом, и то тако што ће се право превести у друштвену праксу и што, у најбољем случају, неће имати никаквог додира са својом објективисаношћу као систем. — Треће, на нивоу тоталног комплекса *нису важни унутрашња структура, идеологија итд. правног комплекса.* Од искључивог је значаја *шта и на који начин у тим структурама, идеологијама итд. актуално утиче на практично функционисање правног комплекса.*

Да сумирам неке од закључака: објективација права на дати начин, његова практичка примена на дати начин итд., могу се за правника појавити као независне вредности. На датом степену развоја друштва оне се заиста могу сматрати вредностима, јер унапређују функционисање правног комплекса у правцу свеукупног друштвеног процеса и на начин условљен тим процесом. Ипак, *њихова независност постигнута је само у оквиру правног комплекса,* који утиче једино на своје парцијалне вредности. На нивоу тоталног комплекса *вредност постаје искључиво оно функционисање које је усклађено са укупним друштвеним процесом;* та вредност, када се противстави вредностима парцијалних комплекса, *претегнуће као моменат који их релативише* тако што њихово виртуелно деловање усмерава у складу са потребама које друштво у свако доба конкретизује и утврђује.

У овој расправи сам право третирао као друштвени феномен. Основно за онтолошки приступ јесте презентација права као социјалне објективације заједно са њеном актуалном праксом, односно са практичком трансценденцијом, па чак и нарушавањем ове објективације. Пракса очигледно претпоставља сопствени субјект. То је делатни човек или, тачније речено, правник, који — откако је његова улога историјски одређена у друштвеној подели рада — има одлучујућу улогу не само у успостављању правне објективације већ и у њеном очувању односно превладавању у свакодневној пракси.

У овом раду сам пажњу превасходно усредсредно на однос између тоталног социјалног комплекса и правне објективације. Ради јасноће излагања, међутим, мало простора је дато чину посредовања, у чему се и састоји посао правника. Наиме, правник-стручњак није безлично средство, пуста арена на којој се одиграва социјална самодетерминација. Својом свешћу, знањем и деловањем које се руководи сопственим интересима, он је један од оних који активно обликују социјалну егзистенцију, па, тако, и судбину човечанства. Његове вредносне преференције, положај који заузима у друштвеној структури, његови посебни интереси, традиција професије итд. — све то може знатно да утиче на практичко функционисање, тј. развијање онтолошких својстава правне објективације.

Ипак, сложеност друштвених конвенција правничке професије превазилази обим ових истраживања. То би могао бити задатак посебне студије, која ће се користити резултатима једног темељитог социолошког истраживања.³⁷⁾

С енглеског превела Лидија Р. Баста

³⁷⁾ О још неким питањима правнотеоријске интерпретације Лукачеве онтологије види: Csaba Varga, *Geltung des Rechts — Wirksamkeit des Rechts*, у: *Die gesellschaftliche Wirksamkeit des sozialistischen Rechts*, Berlin, Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR, 1978, 138—145, и Csaba Varga, *«Chose» et réification en droit*, у: *Archives de Philosophie du Droit*, 25, Paris, Sirey, 1980.

VARGA, Csaba: POJAM PRAVA U LUKAČEVOJ ONTOLOGIJI (The Concept of Law in Lukacs' Ontology); *Rechtstheorie*, 1979; 3: 321—337.

Ocenjujući da je donedavno marksistička teorija prava uglavnom svodila pojam prava na okvire date poznatom definicijom iz Komunističkog manifesta, po kojoj je »vaše pravo samo volja vaše klase pretvorena u zakon«, autor članka naglašava da se ova čuvena formulacija Marksa i Engelsa često koristila kao pogodno sredstvo za postizanje *određenih* ideoloških ciljeva u *određenim* društvenim i političkim okolnostima. Na primeru ranih tridesetih godina u Sovjetskom Savezu on pokazuje kako je usled izmenjenih konkretno-istorijskih okolnosti došlo do promene u shvatanju prava: konsolidacija socijalističke države potpomogana je i formalnopravnim sredstvima, što je u relacijama praktičnih potreba Staljinove real-politike značilo trijumf normativizma Višinskog. Sto se teorijskih osnova tiče, ovaj normativizam je bio ekletičke prirode. U praksi, on je išao pod ruku sa voluntarizmom, dok je u teoriji, s druge strane, pretendovao na to da se temelji na epistemološkom konceptu prava. Ukratko, smatralo se da čuvena formulacija iz *Komunističkog manifesta* nudi argumente i osnove za deduktivno zaključivanje u tri pravca, podjednako uslovljena političkim i ideološkim zahtevima vremena: prvo, na osnovu shvatanja prava kao izraza volje razvija se relativno autonomna teorija volje u okvirima marksističke pravne nauke; drugo, formalni pravni sistem se sve više temelji na uniformnim pravnim pravilima koja se isključivo rukovode najvišim zakonskim propisima; i treće, nedostatak bilo kakve ontologije, koja bi se temeljila na Marksovoj filozofiji, dovodi do toga da se poimanje prava kao odraza društvenih odnosa u bazi svede na ekonomski determinizam.

Autor je, međutim, mišljenja da u kontekstu čitavog niza sistematskih radova Marksa i Engelsa iz socijalne filozofije — govoreći klasičnim »filološkim merilima« — jedna popularna politička deklaracija iz *Manifesta* ne može da predstavlja najbolje polazište za definiciju prava. U Marksovim tekstovima ima osnova i za izlaganje jednog sa-

svim drugačijeg pojma prava. Reč je, pre svega, o stavovima iz *Bede filozofije*, koji se ne samo terminološki, već i suštinski razlikuju, i o njihovoj respektivnoj interpretaciji.

Rešenje na tom tragu nudi i Đerđ Lukač, koji tvrdi da je sa stanovišta prioriteta i samoodređenja ekonomskog procesa, Marks predložio određenje prava kao »oficijelno priznavanje činjenice o prioritetu ekonomske sfere«. Ova skoro aforistička definicija prava je sadržajno prebogata i u sebe uključuje neminovne diskrepance između prava i ekonomsko-socijalne realnosti: pravo je osobena forma mentalne refleksije (odraza) onog što se *de facto* odigrava u društvenom životu — ontološki posmatrano, postoji prioritet ekonomske sfere. Pri tom se autor poziva na Engelsa iz njegovog poznijeg perioda, da bi dokazao da ontološki prioritet ekonomske sfere ne treba shvatiti kao jednosmernu vezu u kojoj pravo ne bi vršilo i povratan uticaj na ekonomsku bazu. To je ono što Lukač, baš na primeru prava, naziva »mnogostrukošću determinacije«.

Po oceni autora, Lukačeva pravna ontologija nije ništa drugo do konzistentno izvođenje onih premisa koje se mogu naći u radovima Marksa i Engelsa. Njegovo posthumno objavljeno delo »Ka ontologiji društvenog bitka« svakako da ima odlučujući značaj za marksističku pravnu teoriju. Pri tom je najvažnije istaći sledeće postavke u Lukačevoj ontologiji: 1. njegov ontološki pristup analizira društvo kao sistem socijalnih kompleksa; 2. unutrašnja (imanentna) protivrečnost prava sledi iz činjenice da se pravo pojavljuje kao intermidijarni kompleks između prethodno utvrđene lingvističke objektivacije i aktualne društvene prakse, i da ono ima autonomnu društvenu egzistenciju. Od momenta kada pravni fenomen dobija eksteriorizovano-objektivisanu formu, ova protivrečnost prožima sve vrste kretanja prava. Jer, da bi postalo prethodno ustanovljen uzor za donošenje odluke, pravo mora da se pojavi kao prethodna fiksirana jezička objektivacija koja, međutim, neprestano može biti nadvladana aktualnom društvenom praksom prava.

Govoreći dalje o prisutnoj fetišizaciji prava kao čvrste, koherentne i logički jasne kategorije, autor u tome vidi samo jednu stranu problema. Druga je daleko opasnija: pojam prava pre svega polazi od njegove normativne strukture koja predstavlja organizovan i sebi koherentan sistem; time je ovakav pojam utemeljio *autonomnu* pravnu formu. Zbog toga i sledi zaključak da pravo mora, da bi zaista postalo pravni sistem, da bude neposredno praktičkog karaktera. To se, po oceni autora, može postići samo tako što će se kroz formalnu definiciju društvenog ponašanja pravo organizovati kao normativna struktura, kao koherentan skup elemenata, koji se oslobađa imanentnih suprotnosti.

Razmatranje odnosa ukupnog socijalnog kompleksa i pravne objektivacije nastavljeno je elaboriranjem Lukačeve odredbe da je pravo »od samog početka isključivo ozakonjen sistem«. Pravo kao sistem ne posmatra se kao odraz spoljašnjeg (uključujući i ekonomske procese) reda, već kao načelo integralne organizacije čiji su metodi ostvarivanja određeni »ukupnom sumom praktičkih zahteva koji se upućuju pravu«. S druge strane, red o kojem je reč samo je ozakonjen, a ne i stvaran. On je postuliran bilo sistemom pozitivnog prava bilo njegovom dogmatikom, kako bi — objavljivanjem svoje oslobodenosti

od imanentnih protivrečnosti mogao da, kao zahtevani normativitet, obezbedi ideološku podršku za eliminisanje onih protivrečnosti koje su u svakom slučaju aktualne.

Po uverenju autora, kompleksnost fenomena prava može se izraziti na sledeći način. Prvo, pravo kao objektivni sistem ima socijalnu egzistenciju. Drugo, različite vrste pravnih postulata, načela pravne politike i jurističke ideologije, isto tako imaju socijalnu egzistenciju. Konačno, objektivacija prava, koja, u stvari, znači njegovu praktičku primenu na iskazani način, može se za pravnika pojaviti kao nezavisna, samostalna vrednost. Zbog svega što je rečeno, ontološki pristup pravu sastoji se »u izlaganju prava kao socijalne objektivacije zajedno sa aktualnom praksom, odnosno sa praktičkim transcedencijama i, čak, transgresijama te objektivacije«.

ДИАЛЕКТИКА РАЗВИТИЯ ПРАВОВЫХ ИНСТРУМЕНТОВ

Предметное исследование презумпции и фикции как средств юридической техники

Юридическая техника представляет собой комплексное явление, состоящее из набора разнообразных приемов, методов, путей и процедур, организованных в функциональное единство. Это – инструментарий, созданный с целью обеспечения возможности функционирования права по социально заданному пути, нажимным образом формирующий его нормы и их практическое применение. Юридическая техника является посредником, призванным отфильтровывать – посредством трансформирования внеправовых оценок во внутренние компоненты права, находящиеся с ним в неразрывном единстве все пиковые явления, теоретические, практические, гносеологические, оценочные или волевые, которые могут оказать влияние на развитие права/Варга и Сайер/. Юридическая техника является областью приложения усилий исключительно юридического гения. Она содержит в себе все характеристики, делающие правовую систему искусственной системой, конвенционализированной через формализованную человеческую практику. По причине этого обычно презумпция и фикция в первую очередь описываются как средства юридической техники *par excellence*¹⁾, как наиболее представительные в своей изобретенности.

1) как таковые (лат.)

Их искусственно-инструментальный характер иногда подчеркивается до такой степени, что само различие между ними сводится до минимума. Однако, в их общей характеристике с точки зрения искусственности содержится риск их неправильного понимания. Основным аргументом, выдвигаемым в настоящей статье, будет утверждение, что презумпция и фикция являются по отношению друг к другу гетерогенными явлениями.

Технические аспекты отражения человеческой практики, ее понятийные конструкции и идеологические выражения могут обозначаться общим названием даже в случае, когда они только генетически так или иначе взаимосвязаны, но как структурно, так и функционально отличаются друг от друга. Стремление к приведению их к общему знаменателю может быть скрыто с помощью их характеристики только с позиций одной черты, характерной только для одного из их конкретных исторических проявлений, выдаваемой за универсальную характеристику самого явления. Как утверждается в настоящей статье, с точки зрения их различающихся исторических проявлений и областей реализации, презумпция и фикция являются, вообще говоря, по своей сути гетерогенными явлениями также.

I.

Презумпция: В своем первоначальном значении, *"die 'Annahme in voraus', die Annahme der Wahrheit einer Tatsache, Vermutung"* (Деуманн - Секкель, р. 454),¹⁾ или, после логических преобразований, *"Wahrscheinlichkeitsfolgerung"* (Унгер 1868, р. 579)²⁾, *"l'argumentatio probabilis 'posta in communi omnium intellectu'"* (Квинт, Inst. OR. 5, 10, 18)³⁾ (Андриолли, р. 765)

- 1) "предположение, сделанное заранее, предположение, основанное на фактах, презумпция" (нем.) (Деуманн - Секкель, с. 454)
- 2) "вероятное предположение" (нем.) (Унгер 1868, с. 579)
- 3) "вероятностное обоснование" на основе общих законов здравого смысла" (Квинт, Институции 5, 10, 18)" (Андриолли, с. 765) (итал., лат.)

I. В процессе судебного установления фактов:

Термин используется главным образом без определения: "презумпция", или с выраженно дисквалифицирующим определением: "*gemeine Vermutung*" (Unger 1868, p. 580), "*présomption simple*" (Lalande, p. 802)¹⁾ ; иногда с

определением: "*einfache richterliche oder faktische Vermutung*"²⁾ (Bierling, p. 301). Это "*raisonnement par lequel on pose, en matière de fait, une conclusion probable, quoique incertaine*" (Lalande, p. 802)⁴⁾

Термин имеет гносеологический характер, устанавливая определенную степень косвенных улик для позитивного доказательства.

"*Présumer ... c'est poser, d'avance comme vrai dans tous les cas ce qui est peut-être vrai d'une manière générale, mais qui, en chaque cas particulier, n'est que probable ou même, parfois simplement possible*" (Dabin 1935, p. 235)³⁾, или, более точно, "on reconnaît comme démenties un fait, que selon les règles de l'expérience a existé, car un autre fait avait existé, d'après des preuves conclusives" (Wróblewski, p. 66)⁶⁾

Соответственно, несмотря на то, что презумпция может вноситься и законодательно и находиться в распоряжении нормативных органов /например, ст. 1353 Code civil устанавливает: "Презумпция, которая не устанавливается законом представляется для регулирования законодателем, который должен устанавливать только уточнение и сопоставление презумпций".

/пр./

1) "простая презумпция" (Unger 1868, с. 580) (нем.)

2) "простая презумпция" (Lalande, с. 802) (фр.)

3) "простая судебная или фактическая презумпция" (там же)

4) "не сумасшедший, вероисповедное замещение, (Bierling, с. 301) часто историческое" (Lalande, с. 802) (фр.)

5) "Презюмируем — это... заранее, а раньше предполагать истинность всех случаев, которые в принципе имеют более правдоподобный, в каждом конкретном случае истинный или предположительно или по поводу возмозможных (Dabin, 1935, с. 235) (фр.)

6) "предположительное существование факта не потому что, что он вероятен из этого факта, истинность которого уже сомнительна" (Wróblewski, с. 66) (фр.)

Всё это будет познавательный процесс посредством индуктивного мышления. Специфика этого познавательного процесса задается заменой "внутренним убеждением" понятия "доказательства", как утверждается в "кассационном суде": "Это доказательство, будучи косвенным и установленным индуктивным методом, может предоставляться судье для рассмотрения в соответствии с внутренним убеждением судьи". /Ир./ (Касс., 23 августа 1914 г., стр. 192, 1 колонка) (Фурье, с. 10)

2. В нормативной дефиниции фактов, которая должна быть сделана с целью констатирования состава при отсутствии противоречивых доказательств: praesumptio juris tantum.¹⁾

"Историческое и опровержимое выводится из данных фактов и состоит в том, пока не будет опровергнуто противоречивым доказательством. (Ueborn, с. 1398)

"La présomption égale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe" (Code civil, ст. 1350, 1352.)

В отношении "gesetzliche Vermutung" / ungr 1869, p. 350 / или

"Rechtsvermutung"³⁾ подчеркивается, что: "La présomption est un impératif légal" (Kuricki, p. 187)⁴⁾, "è una norma giuridica" (Donatuti, p. 421)⁵⁾, или, другими словами, "Chaque présomption est une construction de la langue juridique et le résultat d'une décision législative qui lie les prémisses et les conclusions des présomptions" (Wroblewski)⁶⁾

В то же время, согласно некоторым авторам, анализ судебной практики показывает, что "présomption d'origine jurisprudentielle"⁷⁾ есть перво-

1) "презюмция в праве" (итал.)

2) "правовая презюмция изъята из общей системы доказательств как таковой, так как само существование этой системы" (фр.)

3) "законная презюмция" (унгр) или "правовая през." (итал.)

4) "Презюмция является правовым императивом" (Kuricki)

5) "правовая норма" (Donatuti, с. 421) (итал.) (фр.) с. 187

6) "презюмция является конструкцией юридического языка и результатом конструктивной деятельности законодателя, являющегося предположением и юридическим предположением"

7) "презюмция юридического происхождения" (фр.) (Wroblewski)

очередной фактор презумпционного судопроизводства, используя как presumptiones iuris tantum так и presumptiones iuris et de iure (Рассетин, р. 61)

3. В нормативной дефиниции фактов, подлежащих установлению с целью конституирования состава через формулировки и силу права:
presumptio iuris et de iure.

Иногда также используется термин "насильственная" "неопрровержимые и окончательные" презумпции представляют собой абсолютное вменение, установленное правом. Это довольно искусственная юридическая конструкция, убедительная и признанная только в правовом контексте.

"La structure de cette *presumptio* est simple. — elle précise les conditions dans lesquelles on doit reconnaître certaines conséquences juridiques. Elle correspond à la forme élémentaire de la norme juridique" (Walewski, p. 69)²⁾

4. Имея в виду возможную теоретическую реконструкцию, подходы к пониманию презумпции в юридической области подразделяются на две тенденции:

А) Презумпции, определяемые эпистемологическими соображениями и основанные на чистой вероятности презумируемых фактов, устанавливающие логически необходимую связь презумируемых фактов. Поскольку презумпции в этом случае рассматриваются эпистемологически, эта связь есть non quia non — избежание неверного установления.

1) презумпции права и в праве (Бергман, с. 61) (наб.)

2) "Структура этой презумпции проста — точное определение условий, позволяющих связать с стр. фактом юридическое последствие. Такова же в том отношении и любая правовая норма" (Врублевский, с. 69)

"Encore faut-il, pour que rationnellement la présomption se justifie, qu'elle prenne appui sur des vraisemblances. La loi ne peut présumer, même sous réserve de preuve contraire, que ce qui est normal, ou, sinon, la présomption dégénère en fiction" (Dabin 1953, p. 227)¹⁾

Поэтому "презумпция формирует вывод, оправдываемый опытом и здравым смыслом; она базируется на факте социальной жизни".

АБ/ определяющая презумпцию как особую технику доказывания, распределяет бремя доказывания. Ранее подчеркивались индукция и вывод как компоненты обработки фактов. Впервые Code civil установил, что "les présomptions qui ne sont point établies par la loi" 2) выведены в качестве наиболее общего определения, что

"les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu" (ст. 1349)³⁾

Некоторые авторы приходят к таким же заключениям. Как пишет Jhering, "ein Gesetz, welches eine Rechtsvermutung aufstellt, schreibt dem Richter vor, eine Behauptung nicht bloss für wahrscheinlich, sondern für wahr (gewiss) anzunehmen, sobald eine bestimmte andere Behauptung erwiesen (gewiss) ist" (1868, p. 580)⁴⁾

Как пишет Dabin,

"un certain fait est tenu pour vrai en dehors de toute vérification équivalente à preuve" (1935, p. 238)⁵⁾

- 1) "Эго ил, дие потвърждение истинности презумпции, когато она каже ил потвърждение в реални ситуации. Закон не може да предпоставя, да не осъществява възможност инд- доказателства то, что свързано нормативен, илже презумпция свързана в фикция" (фр.)
- 2) "Презумпции, не установяване само законом" (фр.)
- 3) "Презумпции ед последствия, когато закон или магистрат передава ст известна факта к неизвестному" (фр.)
- 4) "Закон, който установява правство през, предпоставя суду предпоставя не предпоставя убеждение, а не осъществяване (судебна), как само се намира д-во дие ст. определят правство презумпции" (1868, с. 580)
- 5) "свързанный факт берется за истину, независимо от всех возможных подтверждений доказанности" (фр.)

Это мнение превратилось в довольно распространенную позицию. Оно объясняет влияние даже на современную логическую реконструкцию благодаря тому, что с целью теоретического объяснения общей юридической презумпции она обращается к историческим предшественникам использования презумпционной нормы / напр. к *"règles difficiles"* ¹⁾, к стремлению к регулированию *"placée d'une façon spéciale le fardeau de la preuve"* ²⁾, или к винogradскому обстоятельству, что *"la norme de présomption détermine la direction de la décision"* (Wroblewski, p. 56) ³⁾

Б/ Позиции, рассматривающие презумпцию как чисто юридико-технический инструмент, созданный единственно соображениями практической потребности.

БА/ Это довольно упрощенный подход, воспринимающий технические черты права, рассматриваемые как привносимые извне /по отношению к органическим элементам права и дублирующие их/. Например, "Суды иногда должны принять определенные добросовестные презумпции и искусственные факты — факты взаимных реальных и установившихся фактов". /Виноградов, стр. 54/. Как если бы юридические факты, которые можно установить, могли бы быть фактами в чистом виде, без учета их правового прочтения, т.е. без их трансформирования в континентальную систему права и применения в соответствии с ней;

БВ/ Этот подход в то же время последовательно до конца развивает теорию современного формального права.

"Von der logischen Seite fördern [die Präsumtionen] Beichte und rasche Anwendbarkeit, indem fassliche und anschauliche Merkmale an die Stelle des schwer zu begründenden Wesens treten" (Trendelenburg, p. 173). ⁴⁾

1) "трудноустановимости" (фр)

2) "установление особых правил доказывания" (фр)

3) "презюмпционная норма определяет направление решения" (Виноградов, с. 56) (фр)

4) "С логической стороны презумпция требует наименьшего количества данных к достижению предположения" (Trendelenburg, с. 173) (нем)

Это одна из ранних попыток сформулировать идеал и критерий современного формального права, в соответствии с которым "formal" aber ist eine Recht insoweit, als ausschliesslich eindeutige gewisse Tatbestandsmerkmale materiell-rechtlich und prozessual beachtet werden"

В этих рамках формализм, как известно, "können die rechtlich bekannten Merkmale sinnlich anschaulichen Charakter besitzen. Das Haften an diesen äusserlichen Merkmalen... bedeutet die strengste Art des Rechtsformalismus. Oder die rechtlich relevanten Merkmale werden durch logische Sinndeutung erschlossen und darnach feste Rechtsbegriffe in Gestalt streng abstrakter Regeln gebildet und angewendet" (Weber, p. 102)

Поэтому фактический состав должен быть определен законом, и только им, то презумпция является ни чем иным, как специфическим способом установления правовой нормы. "Ist die gesetzliche Vermutung bloss eine besondere Form der gesetzlichen Festsetzung des Tatbestandes"

в которой, по крайней мере, в принципе, возможно установление "einen doppelten Tatbestandes", "ursprünglichen", презюмируемая правовой нормой и "andere praktischen Tatbestands", через которую осуществляется презумпция в правовой норме.

В случае с praesumptio juris tantum, презюмируемые факты ослаблены, поскольку "nur die Ausnahme zugunsten des idealen Tatbestandes ist fallen gelassen",

но в случае praesumptio juris et de jure они "gleichkräftig" /если не перекидывается друг с другом совершенно/ /Прос, с. 15, определение на с. 21.

"ПРЕЗУМПЦИЯ". - Вообще, исследования презумпции в литературе охватывают в том числе и применение в праве *praesumptiones homini vel facti.*¹⁾ Большинство авторов приходят к единому мнению, что правовые презумпции служат практическому применению и настолько переполнены техническими элементами, что эти элементы составляют отдельную группу и нуждаются в отдельном рассмотрении.

I. ФУНКЦИИ. - В интересах упрощению концепции исследователи в целом подходят к правовой презумпции так, как если бы правовая презумпция была бы использованием обычной презумпции в особой области. Что делает право? Оно призвано регулировать определенные отношения, отбрасывая и определяя факты, с которыми - в случае установления этих фактов в процессе судебного разбирательства - связываются правовые последствия. Для введения правовых последствий может возникнуть необходимость выделения в особую группу фактов, установление которых может столкнуться с трудностями. Здесь начинается область презумпций.

"Представление прямого доказательства требуется во всех случаях, когда из существа дела следует, что существует вероятность его наличия. Однако, за прямым доказательством, - поясняет *Блэкстоун*, - рассматривая вопрос с точки зрения судебного разбирательства и последующего решения /стр. 371/, - должно следовать косвенное доказательство в соответствии с доктриной презумпций: поскольку когда факт сам по себе не может быть наглядно доказан, тогда ближе всего к доказыванию факта стоит доказывание таких обстоятельств, которые или с необходимостью, или обычно, связаны с подобными до тех пор, пока действительно доказано противное. *Stabitur praesumptioni donec probetur in contrarium.*"²⁾ Это означает, что презумпция является нормативным /и, в

1) "честические презумпции в отношении фактов" (исп.)

2) "презумпция является доказательством до тех пор, пока не доказано обратное" (исп.)

этом смысле, властным вмешательством в процесс выведения причин, поскольку она "присовокупляет к любой данной вероятности степень определенности, на которую эта вероятность нормально не имеет права. Презумпция, по существу, придает недостаточному доказательству силу достаточного".

До тех пор, пока презумпционная практика сохраняет свой гносеологический характер, она будет также прикасаться к действительности, расщепляя ее комплексность на составные чисты, выделяя ее элементарную структуру/и/.

"Используя презумпции, право наделяет факты четкостью контура, отсутствующей в природе. Презумпция привносит в массу переплетенных, взаимосвязанных между собой событий определенную обнаружимую простоту" *Fünper, s. 108*. Поскольку презумпция является "*facilite la course de la preuve, en déformant délibérément des réalités insaisissables pour les ramener à des cadres fermes* (Dekkers, p. 28)"¹⁾

Или

"Rechtsvermutungen sind anerkannte Rechtssätze, die die freie Beweiswürdigung einschränken: Der Richter hat eine im Streitfall erhebliche Tatsache auch dann für gegeben zu halten, wenn ihm nicht diese Tatsache selbst bewiesen wird, sondern ein anderer, meist einfacher und leichter beweisbarer Sachverhalt, mit dem jene rechtserhebliche Tatsache nach allgemeiner Lebenserfahrung verbunden zu sein pflegt" (Koser, p. 23)

1) "представил процесс доказывания, резко изменяющим объективные реальности в интересах их сведения к определенным рамкам" (с. 23).

Данная характеристика является справедливой, если презумпция является судебным средством адаптации и упрощения доказывания по делу. Однако, поскольку акт презумпции становится нормативным через включение его в формальное предписание закона, презюмируемые факты трансформируются в факты, которые будучи выделены и определены законом, образуют юридический состав. Тем самым применение презумпции фактов уравнивает презюмируемые факты с другими фактами, образующими состав, т.е. факты состава могут не устанавливаться, а презюмироваться судьей инстанции

2. Презумпция и фикция. – В области нормативного регулирования, где специфическая техника предстает всем познавательным элементам, эпистемологическое рассмотрение или теоретизирование с точки зрения вероятностей вводит в заблуждение и с необходимостью уводит в сторону от цели. Или, что происходит, если юридическая презумпция увязывает установление фактического состава с установлением фактов, которые вряд ли произведут факты, образующие фактический состав? Что происходит, если юридическая презумпция не находится в соответствии с тремя требованиями к презумпции во имя "избежания обвинения в фиктивности", выдвигаемыми Фуллером:

1. быть основанной на выводе, оправдываемом здравым смыслом,
2. быть легко опровержимой,
3. быть сформулированной в реалистических терминах?

Я рассматриваю фикцию как операцию с использованием по крайней мере двух идей. Фикция пересматривает развитие концепций, которые ина-

че имели бы различное содержание через допущение их по крайней мере частичного перехлестывания.

Что касается презумпции, вопрос концептуальной идентичности даже не будет подниматься, поскольку презумпция не оперирует концепциями вообще. Презумпция лишь только процессуально устанавливает доказательство каких фактов будет достаточно для официального признания, что фактический состав установлен.

3. Неоправданность эпистемологического обоснования в отношении нормативной области

— имея в виду фундаментальное структурное различие между фиксацией и презумпцией, эпистемологическое рассмотрение не может привести к цели даже если мы отдаем себе отчет в том, что отношения вероятности могли сыграть свою роль как в генезисе, так и в формировании презумпционной практики. Однако, эпистемологический флор такого рода не мог быть ни чем иным, как всего лишь случайным историческим мотивом, поскольку единственная вещь, имеющая значение в правовых отношениях — нормативная квалификация фактов /нормативная презумпция же, будучи одной из ее возможностей, все же в главном технически и инструментально подчинена прочим нормам, делающим нормативную квалификацию завершённой/ и, со ссылкой на такую квалификацию, нормативное введение нормативно детерминированных правовых последствий / в число/ нормативно выделенных и определенных фактов. В нормативном введении же, как известно, первостепенное значение имеют практические соображения и их допустимая формулировка в рамках нормы права, и любое теоретическое соображение может утвердиться только через них и при их посредстве.

Соответственно, классификации юридической презумпции, базирующиеся на эпистемологических концепциях — например, классификация, рассматривающая *"la relation normative institutée par la norme de la présomption"* ¹⁾

1) "правотенение, созданное для презумпционной нормы" (999)

и выделяющая "relations anti-empirique, non-empirique et para-empirique".
или более широким, выделяющая "présomption de fait et de droit" (Бурлард,
или, в ином аспекте, "présomptions formelle et matérielle" (Бурлард,
не является обоснованными в нормативном контексте, поскольку представля-
ется, что они упускают о том, что с точки зрения закона и в его
рамках факт может существовать только постольку, постольку он является
существенным для дела. Факт может быть существенным только тогда,
когда он порождает определенное правовое последствие. Поэтому, если он
он может контингентно в силу и через посредство правового предположения,
нормативно связывающего данные последствия с выделенным фактом.

4. Технический аппарат презумпции.

- Правовая доктрина делает различие между "processualische
Präsumption" и "materielle Präsumption" (Бурлард, р. 166-193)¹⁹
"présomption au sens strict" и "présomption au sens large" (Бурлард,
р. 264-270 и 334-341) или "présomption-formelle" и "présomption-matérielle"
(Бурлард 1935, р. 240-241)²⁰

В отличие от первой презумпции, при которой факты презюмируют факты,
образующие состав, устанавливается так же и инверсия (факт - инвер-
сия), в отличие от второй, при которой презюмируется факт является сам
по себе фактом, с которым связаны правовые последствия. И, наконец, "présomption
à l'égard de l'acte" в случае молчаливой администрации в течение шести
месяцев во Франции, см. Ридеро / Действительно, в отношении струк-
туры взаимоотношений набора фактов, подлежащих применению к по-
лю установления фактического состава, между ними существует различие.
И все же, оба вида презумпции имеют общность основополагающей структу-

19 "anti-empirique, non-empirique et para-empirique" (Бурлард, р. 166-193)

20 "présomption de fait et de droit" (Бурлард, р. 166-193)

21 "présomptions formelles et matérielles" (Бурлард, р. 166-193)

22 "processualische Präsumption", "materielle Präsumption" (Бурлард, р. 166-193) (Бурлард, р. 166-193)

23 "présomption au sens strict", "présomption au sens large" (Бурлард, р. 264-270 и 334-341) (Бурлард, р. 264-270 и 334-341)

24 "présomption-formelle", "présomption-matérielle" (Бурлард, р. 240-241) (Бурлард, р. 240-241)

ри определения "*gesetzliche Tatsache*" с помощью отбора и определения фактов, доказательство которых считается достаточным /с допущением или исключением контр-доказательства/ для официального признания установления фактического состава, в отличие от прямого формулирования фактического состава, оставляющего простор для свободного взвешивания доказательств в суде с целью определения всех "за" и "против" его официального установления.

Нужно также заметить, что допущение контр-доказательства или его исключение диаметрально противоположные друг другу только теоретически. На практике существует широкий выбор возможностей для ограничения от ограничения улик /в случае *praesumptio juris tantum*/ до допущения контр-доказательства в виде исключения /в случае *praesumptio juris et de jure*.

Презумпция не является уникальным средством достижения цели. Презумпция является инструментом юридической техники, которая может быть заменена другими. Например, правовое определение родственных отношений достижимо как через позитивное доказательство того, что данное лицо является отцом ребенка, с помощью презюмирования конструкции "отцовство", так и посредством формулирования общего правила об условиях наделения соответствующими правами и обязанностями и установления исключений из него.

1) "презумпция в законе" (нем.)

fikция. Явление и термин известны начиная с культуры империал. греческого Рима. Получила широкое распространение в правовых культурах с сильно развитой концептуализацией и формализацией. "D'une façon générale, ce qui est fait ou falsifié par l'esprit" (Lalande, p 355)¹⁾

Или, с точки зрения философии, "допускаемый заведомо ложный факт, номиналь. уловий для выведения заключений как если бы он был истинным".

(Бентам 1759, цит. по Ошубе, с 32), или "назвемому ложное и путанное или утверждение, что не было чего-то, что на самом деле было ; или, что было что-то то, чего на самом деле не было "

То есть, "jede bewusste, zweckmässige, aber falsche Annahme" (Vaihinger, p 130), "une idéale modification e correction d'une réalité concreta" (Colacino, p 270)³⁾

Идея fikции, являясь функцией характеристики ее реализации, конструирования в системах римского права, общего права и цивилистики ни как определения, ни как континуум. Скорее они отражают в первую очередь ее применение и типичное проявление.

I. В догматическом формировании правовых норм.

Термин главным образом используется без определения: "fikция". Начиная с 19 века, часто с пояснением, "Gesetzesfiktion"²⁾ (Esser, p 24, Meidner 1906, p 24), "легислативная fikция" (Ошубе, с 95), "gesetzliche Fiktion" (Bulow, p 2), "статутивная fikция" (Футер, с 98) Иногда с уточнением по значению "правомежная правовая fikция" (Франк, с 348)

1) "В праве она является предполож. гипотетического сознания" (Гр.) (Lalande, p 355)

3) "идеальная предпосылка и исправление действительной реальности" (Колачино, с 270) (итал.)

4) "правовая фикция" (нем.)

5) "фикция в праве" (нем.)

Более того, термин может употребляться с прилагательным, которое ставит под вопрос сам этот термин, напр. "sogenannte juristische Fiktion" (Stammeler, p. 328 и далее). Фикция определяется как "bloss nominative" ^{gesetzliche} "принятая, авторизованная или разрешенная законодателем в законодательных постановлениях" (Амбве, с. 95). Ее суть видится в "der Anknüpfung einer Rechtsfolge an einen Rechtssatz, die ein anderer Rechtssatz auslöst" (Meunier 1976, p. 284-285), т.е. в "einer abkürzende Ausdrucksweise. Das Gesetz will für einen Fall dasselbe anordnen wie für einen anderen" (Kaiser 1919, p. 640).

Как и в теории зрения лингвистической формулировки, существует фикция "chaque fois qu'une réalité naturelle subit de la part du juriste constructeur du droit, dérogation ou dénégation consciente" (Dabin 1935, p. 321), когда автор "bezeichnen eigentlich etwas mit einem Worte, das in der Alltagssprache aber in der Sprache des Rechts gewöhnlicherweise zur Bezeichnung eines ganz anderen Begriffes gebräuchlich ist" (Möck, 1927-28, p. 166).

1. В употреблении правовых норм судом.

В русских источниках (Хейманн - Зехов, с. 216, 22) и в англ.-американской литературе термин используется преимущественно без определения: "фикция", или с квалифицирующим определением: "типичная юридическая фикция" (Финнер, p. 5), предполагающим его представительство. Иногда термин используется с пояснением: "историческая фикция" (Финнер, с. 56), "фигурная фикция" (Амбве, с. 115), "fiction jurisprudentielle" (Финнер, с. 23), "символическая" и "пропенурная" фикция (Fayard, с. 450) или, имея в виду логико-функциональную перестройку, употребляется "Begründungsfiktion" (Meunier 1973).

- (4) "каждый раз, когда естественная реальность подтверждается со стороны юриста - правоведа отрицанием и сознательным извращением" (Фр.) (Ladare 1935, p. 321)
- (5) "корреспондентная допущения" (Фр.)

Затруднение может возникнуть по причине того, что римско-германский закон также иногда говорит о фикции вообще, хотя в этом случае имеется в виду только данное, весьма специальное, использование фикции.

Деккерс рассматривает фикцию как "un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropre pour la faire bénéficier, par voie de conséquence de telle solution pratique, propre à cette catégorie" (p. 86), и, капитант, "procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques" (p. 253).¹⁾

Что касается определения фикции, "fictio est in re acta eius quod possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio" (Barolus, *Nei ad D. 41.3 15.*, *px*, cf. *Everson*, p. 16)

Понятие общего права подчеркивает характер скртого обновления права с помощью фикции: "сознательная ошибочность, позволяющая вывести свой объект из-под действия силы законодательства, с помощью и для тех, которые не могли бы, или не осмелились бы, строго это претерпеть" (Бенган, т. I, с. 243), принимающая форму "затого изменения, которое отрицает, или угрожает скрыть тот факт, что норма права претерпела изменение: бупра закона осталась неизменной, его действие было модифицировано" (Мэйт, с. 26), коротко, "процедурная уловка, с помощью которой нормы права претерпевают изменение"

- 1) "процедурную технику, которая состоит в отрицании такого осознания факта, вещи или лица в юридической категории, научно не являющегося применимым, но являющегося выгодным с точки зрения практики и последствий такого практического решения (фпр.), и, как пишет капитант, "юридическая процедурная техника, состоящая в допущении факта или ситуации, отличающейся от действительной, в целях дедуктивного выведения юридических последствий" (фпр.)

но к тому, чтобы "норма ... давление норм и знание интересов пре-
бует намерений, т.е. в чьей власти находится право, отразится на воле
эти изменения взаимно мягче" (Jauch, с. 66) Это касается их логической
структуры, они есть "verweisende normative Individualsätze, die
durch die unmögliche Annahme, der gegebene Sachverhalt sei
einem anderen ungleichen Sachverhalt gleich, die Rechtsbeigen
an den gegebenen Sachverhalt knüpfen, die der angenommenen
Sachverhalt hat" (Meuser 1973, p. 74)

В логике из приведенных здесь определений суть лингвистического описания
по "la fausse qualification des faits" (Perelman, p. 146)^②

3. В лингвистическом отражении правовых норм.

В большинстве случаев иск льзуется термини "дегуманическая лингвистика",
иногда "biologische" (Unger 1871, p. 9, n. 12; Meuser)^③ и даже "evolutionäre -
wissenschaftliche" (Stamm, как "ein Mittel der Darstellung" (Schöden,
p. 332), см. "развита в правовой науке, т.е. в теории или опи-
сательской позитивного права" (Cunha, с. 87) "Лингвистика, вырабатывая по-
сле этого обобщения юридической мыслью для того, чтобы дать или объекти-
зовать впечатление, конкретное толкование существующих законов... пред-
ставляет собой первую попытку правовой системы в направлении классифика-
ции и обобщения" (Jauch, с. 450, 462). Их отношение к действительности му-
жет являться отношением в смысле de lege lata^④, а не de lege ferenda^⑤
И не в силу объекта или самой природы теоретической абсолютной опера-
ции: "sie beweisen nichts, sie erklären nur mittelst Vergleichung
und erschließen hierdurch die Darstellung und Auffassung des

② "критическая квалификация фактов" (фр.) (Берельман, с. 146)

③ "биологическая" (нем.) (Unger 1871, с. 9, n. 12, Meuser)

④ закон в широком смысле (лат.)

⑤ закон в узком смысле (лат.)

geltendes Recht" (Unger, ibid.)

Основному вопросу ~~отбора~~ фактов при помощи их ~~судебного применения~~ ~~и~~ ~~судебных~~ здесь не поднимается. Нормы доктринально расположены с упорядочением их взаимоотношений при помощи введения в их систему искусственных связей и общих знаменателей с целью обеспечения возможности их минимальной привязки и/или сокращения.

4. В теоретической реконструкции правовых норм.

Лаланд пишет о "представительной функции", служащей теоретической моделью: "*hypothèse utile pour représenter la loi au de l'extérieur d'un phénomène, mais dont on se sert sans en affirmer la réalité objective*" (р 355) ②

Она является привычным объектом философских рефлексий: "*Fiktionen (wissenschaftliche) helfen Annahmen, die wir zu theoretischen Zwecken machen*" (Eisler, р 369)

В духе этого некоторые правовые теории характеризуют правовые нормы как простую функцию. "В искусственном смысле все правовые нормы, принципы, понятия, минимизм, стандарты – все обобщенные представления права – является функцией. В применении к логике непротиворечивому набору фактов эти функции функционировать с учетом их подразумеваемой "операциональности", их смысл должен живо толковаться с учетом их служебного характера. Иначе говоря без того, чтобы отказать себе отчет в их искусственности, они превращаются во вечные истины" (Аргент, с 19) некоторые теории и характеризуют функциональный характер эмпирических идей как орудия, созданных из гипотезы и желанием правового регулирования, совершенно независимых от кантов-подобных логического рассмотрения действительности. "*Aus diesem Besten-*

② "Гипотеза, необходимая для предоставления закона или механизма явления, который, применяясь, не утверждает его объективную реальность" (с. 355).

punkte müsste aber jede Rechtsnorm als eine Fiktion erscheinen, da durch die allgemeinen Begriffe des Rechts immer eine Mehrzahl niemals ganz gleichartiger konkreter Fälle notwendigerweise der gleichen rechtlichen Beurteilung unterworfen wird" (Moör 1927-28, p. 180)

или, формулируя иначе, "Rechtsbegriffe und -kategorien wiederum Fiktionen sind, abstraktive, analogische usw. Fiktionen, d.h. bewusst zweckmässige Abweichungen von der Wirklichkeit, des eigentlichen Gegenstandes des Rechts" (Baumkoer, p. 22)

Другие теории рассматривают юридические понятия как выполняющие функции инструмента функции, большинство из которых основываются на концептуальном понятии права. "Само слово "право" обозначает фактивную сущность: один из тех объектов, существование которого вызвано к жизни потребностью человеческого общения с помощью функции, настолько необходимой, что без нее человеческое общение не могло бы продолжаться. Говорится, что человек имеет право, пользуется правом, владеет правом, приобретает или теряет право. Таким образом, о праве говорят так, как если бы право было материальной сущностью, которую человек может взять в руки, держать в продолжение определенного времени и опять отбросить" (Беллани, т. III, стр. 27), или же производной (см. Nicot 1931), в отношении теорий гражданского права и Батлар в отношении концепции общего права. Существует, наконец, некоторые иные мысли, напр. "Philosophie des Rechts" (1911) Ханса Вайхингера; "Право как факт" /1939/ Карла Шмидхюбнера и "Tü-tü" (1951) Аугуста ¹⁹⁵⁴, которые указывают на внутреннее противоречие, порожаемое фактом, что право, с одной стороны, является искусственным концептуальным понятием, созданным для нужд практического функционирования, с другой стороны, как если бы оно было недвижимостью, абстракцией действительных событий, имеющий место в

человеческой практике. Или, "Die Verhältnisse sollen sich nach dem Recht richten, als ob das Recht etwas Tatsächliches, wirklich Gegebenes wäre" (Strauch, p. 17)

5. При окончательном анализе подходы и понимания фикции в правовом отношении подразделяются на две основные тенденции:

а/ тенденция рассмотрения фикции в праве как "фикции в оригинале",

за/ характерной чертой является "полное признание фиктивности"

в эпистемологическом смысле. Такова была первоначальная концепция юридической фикции, разработанная римскими юристами периода Революции напр. Гай/ и их толкователями в современную эпоху/напр. Бартоло/, сформулированная критерии assumptio contra veritatem, pro veritate и in re certa.

Именно эта концепция впоследствии в ходе развития дала все существование ныне в праве вида фикций, рассматривая их в качестве "ложного утверждения... которое несмотря на то, что его неистинность признается в то же время служит аргументом и используется, как если бы оно было истинным" (Бентам, 7-IX, с. 77), "ложное утверждение по поводу факта... совершившееся в правовой норме (*Quid*), или просто неистинное отождествление или: логичная аналогия (Strunk, с. 83);

ав/ специфичны только в том, что они отрицают существующий закон,

но не реальность: "anstatt des Widerspruchs gegen die Realität, welche in Begriffe der Fiktion liegt, besteht bei ihnen nur ein Widerspruch gegen das Bisherige durch die betreffende Aenderung abgeänderte Recht" (Hölder, p. 223)

или если сказать более уточненно, на первый взгляд, вернее, фикции отличаются из законодательных постановлений как из изначальных суррогатных факторов создания и формирования "юридической действительности",

ас/ специфичны только в том, что они являются "противоположностью между двумя различными /т.е. "естественной" и "юридической" Ч.В. и Й.С./ классификациями фактов", а не "между нормами и фактами" (Кэмпбелл, с. 366 и 369)⁶ в/ утверждения, что так называемые фикции в праве вообще, *per definitionem*,

не являются фикциями, так как в результате применения, по существу, они становятся: "*comme symptôme de phénomène juridique*",⁷

на/ действительной реальностью: "*il n'y a de fiction nulle part ... C'est bien là une réalité juridique au sens large du mot, puisqu'il y a un effet de droit parfaitement réel qui se produit*" (Salicrú, p. 612-613);

вв/ по своей структуре они являются "*eine Bezeichnungssform, ein Werkzeug juristischer Terminologie*", т.е. "*ein Rechtsregel besondern Ausdrucks*" (Demelius, p. 79 и 92); "*eine abgekürzte Form der Fassung der anzuwendenden Rechtsgrundsätze, eine Verweisung*" (Hering, p. 289 и также Stammler, p. 331);

или просто результатом расхождения между понятиями, которые, в интересах результативности, должны иметь единое значение в определенных отношениях и, в целях достижения этого, производится определение, с точки зрения права уравнивает их: "*erkennliche Abweichungen von der gewöhnlichen Ausdrucksweise*" (Möhr 1927-28, p. 166)

бб/ в стремлении достичь "*Ausdrucks*" в праве не существует ни "*eigenblicken*", "*echte*" *Rechtsfiktionen*", есть только "*Bestimmungswörter*" и, давая экономичное и общепонятное определение, "*nur sprachliche Metaphern, Redewendungen, terminologische Bequemlichkeiten*" (Sombart, p. 326, 528)

вд/ как в общем, в мышлении, так и в профессиональном использовании, все виды вербального выражения, включая правовые нормы и комментарии, являются ничем иным, как психологическими домыслами, психологичес-

① "но определенно" (наб.)

② "симптомом юридического явления" (фр.)

③ "нигде нет фикции... как раз в чужой и замысловатой юридической реальности в широком смысле слова, реальной системе в жизни абсолютно реальной эффект права." (фр.)

кими подъемными приспособлениями, умственными мостами или приставными лестницами, средствами ориентации, способами отражения, различными "как если бы...", удобными гипотетическими заключениями, временными формулировками, штриховыми линиями, опорными точками

Относительно "фикции".— Сам термин "фикция, вероятно, впервые был употреблен, а также, по-видимому, и создан Квинтилианом

I. История и сущность: от истоков к юридической фикции

— Как широко признано, мышление, опосредованное фикцией, коренится в античной практике "*Menschenopfer*", позднее замененного "*Tieropfer*" и затем превратившегося в результате упрощения просто в "Символ"

Другие проводят прямую линию развития от римского "символа" /заявляющего о себе в традициях ритуала манипуации/, с одной стороны, и "*offene Fiktion*", с другой, при посредстве "*verdeckende Fiktion*" /в античном греческом праве, например, должникам предоставлялся статус персов, в интересах приобретения более надежного статуса в судебном производстве. (Принципей). Вместе с тем религия, если она может вообще рассматриваться с правовой точки зрения, а также различного рода символические действия являют по своей сути скорее презумпцию, основанную на заключении

Поскольку, с этой точки зрения, жертвоприношение может рассматриваться как замена, сокращенное представление, достаточное для доказательства подчинения людей воле богов и символических действий, устанавливается целиком процедурно-формализованная перемония для принятия бремени материального доказательства. Однако, как отмечается современным толкователем "Античного права" Мэйна, выведение фикции таким образом просто "неоправданно". Всяду, где какая-либо опреде-

ленная правовая система была создана и приобрела священную власть, формирование новых потребностей освободило пространство для приобретения все большее распространение интерпретации, уже при формировании подвергнутой влиянию общины, имея в виду, что община уже трансформируется в замкнутую систему. Нормы этой системы распространяются по мере развития, охватывая постепенно и все вновь возникающие случаи. Этот аспект древних законов "не только отчасти явился причиной исключительно формального характера строгого права, но и также стал и элементом формирования первого сдвига для разрешения проблемы формализма, а конкретно, "фикций" (Traugott, с 461)

Веринг, В процессе классификации "die künstliche mittel",
"den die sich für die Zwecke der juristische Ökonomie bedient hat",
"die Konstruktionshandlungen, die Scheingeschäfte und die Fiktionen" (с 36)
На этом пути развития правового инструментария действительно можно говорить о логическом согласовании, несмотря на то, что первые два пункта /в том смысле, в каком их рассматривает Фрэнк стр. 348/ являются или юридической ложью или презумпциями. А юридическая ложь не имеет ничего общего с законной юридической фикцией /используя терминологию Фрэнка стр. 348/: выраженная ложность допущения факта в правовой норме или в отношении правовых последствий сама по себе и только по этой единственной причине не превращает его в юридическую фикцию. Напротив, поиск логики развития продолжает и поныне бросать вызов разуму. Рассматривая "институции, при помощи которых право гармонируется с обществом", Мейн выделяет "Юридические Фикции, Равенство и Законодательство" /стр. 25/. По его мнению, их объединяет то, что "все они... включают в себя правотворчество" /стр. 30/ и различаются в том, что законодательная власть рассматривается в качестве "открытого правотворчества"

Однако сама по себе идея провозглашения большего при осуществлении меньшего, т.е. функциональная экономичность развития жертвоприношения в символические действия, а также возникновение церемонии формального доказательства действительного события, свидетельствуют о том, что некоторые элементы, являвшиеся ранее вспомогательно-инструментативными в создании первоначальных форм собственно юридической фикции уже получили развитие. Одним из таких элементов – фикционное допущение иной реальности в классификационной системе права. Здесь проходит линия разграничения между фикцией в праве и областью, где она становится собственно юридической фикцией. Парадоксально то, что при пересечении этой линии фикция перестает быть фикцией вообще: как в случае римского responsa prudentium, так и в случае английского прецедентного права, в применении права судами и установление фактического состава искусственным путем, и расширительное толкование правовых норм / как две возможности создания судебной фикции/ являются аспектами одного и того же явления, различающиеся только подходами. "Эти две разновидности действий /т.е. толкование норм и квалификация фактов – Ч.В. и Й.С./ скрывают неделимое единство акта применения права. Это объясняется тем, что для общества quidam salus всего процесса является квалификация фактов. Она имеет место там и тогда, где и когда выведение одного из другого, т.е. опосредование имеет место, она имеет место там и тогда, где и когда рассматриваемый казус приобретает новое качество: качество, выведенное в нормативной структуре, применяемой для вынесения решения /Варга 1981, с. 466/. Эти двойные корни первого известного проявления правовой фикции /преобладающей в античном праве, в римском праве, в общем праве и даже частично в гражданском праве в их развитии/, объяс-

няют, почему исторически /если забывать о символических актах и искусственном создании фактического состава в суде/ эпистемологический подход и концепция правовых фикций вполне оправданы. В то же время, однако, судебные фикции должны характеризоваться как имеющие ту же базовую структуру, что и законодательные фикции в силу теоретического преобразования, вытекающего из анализа законодательной фикции и дающего ее концепцию через сравнение изначального вида фикции, подвергшейся развитию и результата этого развития посредством нормативной интерпретации этих изначальных видов.

Функция судебной фикции может быть установлена уже в праве древней Месопотамии, несмотря на то, что фикция вряд ли была так известна

"On peut y voir... l'indice d'un timide effort vers la construction logique du droit : le raisonnement analogique qui conduit les rédacteurs de formulaires à appliquer leurs innovations sur des hypothèses idéelles, correspond à un souci de justifier rationnellement ces créations" (Doyen, p 99) "la continuité dans l'évolution" ①

с.224/ . "Der Zweck der Fiktion besteht in der Erleichterung der Schreibarbeiten, die mit der Aufnahme und Bearbeitung neuer, mehr oder weniger einschneidender Rechtssätze verbunden sind, in der Ermöglichung, die traditionelle Lehre formell ganz in ihrer alten Gestalt zu belassen, ohne doch dem neuen praktisch seine volle Wirksamkeit dadurch irgendwie zu verkümmern"

(Lieber, c. 387)

① "Аналогическое рассуждение, которое приводит редакторов справочника к поддержке их новаций по юридическим вопросам, отвечает полностью с позиций разумности оправдание возмущения" (фр.)

"durch / diese organische Erweiterung des Rechts / wird zugleich der innere Zusammenhang des Neuen mit dem alten gesichert, und so die systematische Einheit des gesamten Rechts erhalten" (Savigny, p. 295)

При наличии фиктивного допущения существования "общего обычая, ведущего свое существование с незапамятных времен... на который время от времени ссылаются в суде" и фиктивного требования "действовать надлежащим образом, чтобы не допустить возникновения ущерба или возместить неудобство, которое может следовать из общего правила права /Блэкстоун, т. I, с. 73; т. III, с. 43 с комментариями автора/, то же самое говорится о судебных фикциях и в английском праве. В то же время, однако, Блэкстоун видел "уродливые сдвиги, тонкую подтасовку и странное обоснование" в этом юдициальном пути правового развития и осуждал также и саму идею Первоначального Соглашения, используемую как фиктивный краеугольный камень социальных теорий его времени. Как он отмечал в заключение, хотя мы и можем аплодировать, восхищаясь конечным результатом, следствия его достижения недостойные нашего восхищения" /т. II, с. 360/. Должно быть отмечено, что несмотря на то, что Бентам тоже протестовал против "зловонного дыхания фикции, которое отравляет смысл любого правового акта, к которому она приближается" и горло отмечал, что "время фикции сегодня ушло" /т. I, с. 235 и 269/, это делалось им только в этом случае. В ином контексте он признавал как само собой разумеющееся, что фикция "может оказать поддержку полезной правовой норме или институту так же, как и наносящим вред", им же была дана принятая формулировка, что "достоинства полезного института не будут уничтожены каким бы то ни было ложным фактом или фактами, которые могли сопровождать его создание" /т. УП, с. 287/.

2. Классификация - обычной является классификация фикций, главным образом в немецкой литературе, на две группы: "praktische" и "dogmatische" (Fiktion) или "teleologische" (Langer 1871, p. 9, note 12), или "juristische" и "rechtswissenschaftliche" (Hammler, p. 332).

Несмотря на то, что использование фикции является техническим в законодательной фикции и идеологическим в судебной, это функциональное различие уравнивается структурной общностью. Это связано с тем, что судебная фикция, направленная на расширенное толкование правовой нормы или фактами /в случае фикционного установления фактического состава/ или нормами /посредством неистинного установления применимой нормы с тем, чтобы она охватила фактический состав/. Она выделяется /и лишь относительно/ из властных полномочий судебной инстанции в силу ее особого предназначения в первом случае она характеризуется теми же чертами, что и законодательная фикция, во втором случае /кроме субъекта и пути формирования/.

Наконец, есть дилемма выраженности функций. Как замечали Дсмелиус /с.86/ и Гени /т.Ш, с.377/, в большинстве случаев одни и те же фикции выполняют и исторические, и догматические функции: *"la finzione*

svolge sempre necessariamente una funzione e storica e dogmatica" (Toddsan, p. 458)

Это – случай диалектического совпадения основных функций в том смысле, что "многие /фикции/, служившие когда-то историческим потребностям были сохранены благодаря своей описательной силе" /Фуллер, с. 8/ Также справедливо и обратное/. Так или иначе, выраженность функций не включает в себя структурную общность между судебной фикцией как декларативным /правовым/ действием в рамках права и догматической фикцией как пояснением /теоретическим/ по поводу права и вне права.

3. Право как фикция

В связи с фикциями, использовавшимися для теоретической реконструкции правовых норм, проблема рассмотрения права как фикции ставилась обычно на трех уровнях.

Во-первых, существуют специфические правовые идеи, фикционные по своему характеру. Например, как само существование, так и развитие юридических прав и обязанностей привязано к правовым нормам. Более того, несмотря на то, что они определяются нормами, их действительное существование и развитие может проявиться только при отсылке к правовым нормам и в применении норм к действительной практике. Во-вторых, в правовом языке потенциально каждая идея специфична, т.е., по существу, фикционна по характеру. Невозможно определить предварительно, что сохранит в праве свое обычное значение и насколько; практическое значение права может быть реконструировано в большинстве случаев только

Более того, мотив всего этого лежит за пределами языка: он должен быть найден в политико-социологическом контексте введения правовых норм в действие и придания им силы. В-третьих, юридический язык и его практическое использование по своему характеру фикционны.

По существу, между истинным или ложным концептуальным описанием и борьбой за практическое влияние путем создания правовых норм, устанавливающих последовательность в качестве единственной цели своей концептуальной системы, даже делая это исключительно по соображениям эффективности, имеет место несовпадение в самой основе. По этой причине Джонс заблуждается, предполагая, что "когда с течением времени эта идея стала считаться вполне нормальной в отношении фактов, фикция стала реальностью". /с.185/, поскольку "нормализация" отношения его к фактам может придать большую оправданность существования данного описания, только и всего, но никогда не сделает эти две части конгруэнтными. Во всяком случае не подлежит сомнению, что словесное выражение, выбор терминов и концептуальное формирование права есть прямая функция его норм. Установление же правовых норм есть прямая функция от практических соображений, подчиняющих эпистемологию чистой целесообразности. Это так и в случае, когда юридическое значение отклоняется от обычного /в чем? в каком направлении? в какой мере?/ и тогда, когда юриди-

198

ческое значение совпадает с обычным /даже на какой-то момент или частично/. Это так, поскольку в нормо-творчестве совпадение не может мотивироваться отсутствием "анормализации": нормы совпадают только потому /и до такой степени/, что это совпадение было нормативно предусмотрено в практических интересах, между прочим. Или, правовые идеи прагматичны в отношении своих основополагающих определений. Они все дальше и дальше удаляются от той точки, где они могут быть исследованы эпистемологически. И все же, элементы и взаимосвязи действительности отражены в их развитии. Но содержание и экстерьер концепции, развивающейся на их основе, не определяются исключительно копированием действительности, но чисто практическими соображениями и арсеналом техники правового регулирования. "Подобное отчуждение от действительности не есть самопроизвольный процесс. Его действительная цель - обеспечить соответствующие средства для оптимального функционирования комплекса права. Но это делает правовое "отражение" специфическим и гетерогенным и это выражено в большей или меньшей степени в точке зрения, что юридические идеи являются только простыми средствами. Как формулировал это Лукач: "эпистемологическая объективная идентичность или конвергенция никоим образом не могут дать мотив, лежащий в основе выбора или отрицания; этот мотив складывается в действительной применимости в конкретных существующих обстоятельствах, с точки зрения результата борьбы между конкретными общественными интересами" /Лукач, с.128, см.Варга 1985, с.133-134/.

Подводя итог, являются ли правовые идеи фиктивными с самого начала? Кельзен предостерегает нас: *"Die Fiktion liegt nicht im Wesen eines Begriffes, der aus andern als realen Tatsachen abgeleitet ist, sondern im dem falschen Urteile, dass dieser Begriff eine reale Tatsache beinhaltet, dass etwas zur Welt des Seins gehöre, was tatsächlich nicht ist. Das Verwerfliche an dieser Welt des Seins gehöre, was tatsächlich nicht ist. Das Verwerfliche an diesem geistigen Vorgange ist eben der logische Widerspruch, der darin enthalten ist, dass etwas, was in Wirklichkeit*

nicht ist, als wirklich ausgegeben wird, ist der methodische Fehler, dass in einem Begriff, der nicht aus der Welt des Sins abstrahiert wurde, eine Seiendes gesucht wird".
То же самое говорится и о юридической конструкции, которая folgt aus ganz bestimmten der normativen Betrachtung entspringenden Denkvorgängen innerhalb des abstrahierenden selbst. So ist der Begriff der Zurechnung z.B. kein Abstraktion von Tatsachen, die ausserhalb des Zurechnenden oder in dieser Begriff entsteht durch die abstrahierende Zusammenfassung einzelner spezifischer Gedankenvorgänge (Urteile) des abstrahierenden selbst, durch die er gewisse wahrgenommene Tatbestände der Aussenwelt mit bestimmten Personen verknüpft." (1911, p. 180, 181).

Следовательно, правовая идея для Кельзена не является фикцией. Судебная фикция, по его мнению, также не является фикцией в подлинном смысле. Однако, если судебная фикция все же считается фикцией в ограниченном, переносном смысле, ее характеристики могут быть обобщены как являющиеся характеристика и и правовой идеи также. То же самое с успехом может быть сказано и о правовой конструкции.

Это не фикция по определению. Только ошибочная практика или идеология практики может превратить ее в фикцию. Или, вне правовой лжи и мифов не существует строго фикционных явлений / в терминах Фрэнка, с.348/, в дополнение к теоретическим фикциям, включая репрезентативные фикции, воплощающие идеальные типы.

4. Презумпция и фикция. - Во всех ее проявлениях, использованиях и пониманиях "фикция" не является ничем иным, как атрибутом определенного содержания данных идей. На первый взгляд фикции и презумпции являются граничащими явлениями, более того, неотделимыми друг от друга во многих случаях. Однако, в противоположность фикции, презумпция убедительна только постольку, поскольку она определена в правовой норме, устанавливающей факты, доказательство которых будет считаться достаточным или достаточно убедительным для построения фактического состава. Имея в виду связь между фактами, действительно доказанными и юридическими фактами,

считающиеся доказанными посредством этого, эпистемологические почтения подтверждают, что фикция есть "*assumptio contra veritatem in re certa*" тогда как презумпция — "*assumptio pro veritate in re dubio*" (Coulter, с. 73) что фикция — "*eine absichtliche, eine bewusste Erfindung*", тогда как презумпция — "*eine Vermutung*" /Вайхтингер, с. 46/ конститутивный характер юридической фикции подтверждается обоснованием, в ходе которого "*validità deontologica*" ("*equazione si pone vero e il falso*") относится к презумпции /Толескан, с. 8-9/. Схожие выводы содержатся в определении Демеллуса, говорящем, что "*Die Fiktion ist eine Rechtsregel besonders* *Ausdrucks*, *die Präsumption ist eine Rechtsregel besonderer Inhalts*" (р. 92) /с. 92/ Неприемлемость эпистемологического почтения к фикции хорошо обоснована Мэрроу, который характеризует аналогию при помощи "*Obersatz ... durch Induktion gegeben*" и фикцию при помощи логической "*weltförmlich*" операции, имеющей место в ней /1973 с. 26/. Эта черта указывает в своей основе практическую природу фикции, на факт, что фикция является и является даже "*uno strumento essenzialmente operativo, non l'oggetto di un'astratta speculazione*" /Толескан, с. 22/.

ЛИТЕРАТУРА

Virgilio ANDRIOLI, "Presunzioni", in: *Novissimo Digesto Italiano*, dir. Antonio Azara, Ernesto Eula, vol. 13, Torino, Editrice Torinese, 1960, p. 765-772.

John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, Or Philosophy of Positive Law*, 4th ed. Campbell, London, Murray, 1873.

BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria*, Venice, 1596.

Karl BAUMHOER, *Die Fiktion im Straf- und Prozessrecht*, Berlin-Grunewald, 1930 (*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Beiheft No. 24).

Jeremy BENTHAM, *Theory of legislation* (1759), ed. Ogden, London, 1931.

Jeremy BENTHAM, *Works*, ed. Bowring, vol. I-XI, Edinburgh, Tait, 1843.

Ernst Rudolf BIERLING, "Rechtsvermutungen", in: *Encyclopadie der Rechtswissenschaft*, hrsg. Franz Holtzendorff, 3. Aufl., Bd. III, Leipzig, Duncker und Humblot, 1881, p. 301-307.

William BLACKSTONE, Commentaries on Laws of England, 6th ed., London, Print Strahan-Cadell-Prince, 1774.

Vera BOLGÁR, "The Fiction of Corporate Fiction, From Pope Innocent IV to the Pinto Case", in: Festschrift für Imre Zajtay, hrsg. Ronald H. Graveson, Karl Kreuzer, André Tunc, Konrad Zweigert, Tübingen, Mohr, 1982, p. 67-96.

Georges BOYER, "Sur quelques emplois de la fiction dans l'ancien droit oriental", in: Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, 3^e série, 1(1954), p. 73-100.

H. BURCKHARD, Die civilistischen Präsumtionen, Weimar, 1363.

BULOW, "Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten", in: Archiv für die civilistische Praxis, 62(1079), p. 1-96.

Kenneth CAMPBELL, "Fuller on Legal Fictions", in: Law and Philosophy, 3(1983), p. 339-370.

Henri CAPITANT (réd.), Vocabulaire juridique, Paris, Presses Universitaires de France, 1936.

Vicenzo CULACINO, "Fictio iuris", in: Novissimo Digesto Italiano, vol. 7, dir. Antonio Azara, Ernesto Eula, Torino, Editrice Torinese, 1968, p. 269-271.

Jean DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif, Spécialement du droit privé, Bruxelles - Paris, Bruylant - Sirey, 1935.

Jean DABIN, Théorie générale du droit, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1953.

René DEKKERS, La fiction juridique, Etude du droit romain et de droit comparé, Paris, Sirey, 1935.

Gustav DEHELIUS, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, Eine juristische Untersuchung, Weimar, Böhlau, 1858.

Guido DONATUTI, "Le praesumptiones iuris in diritto romano", in: Guido Donatuti, Studi in diritto romano, ed. Roberto Reggi, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1976, p. 421-486.

Rudolf EISLER, Wörterbuch der juristischen Begriffe, 3. Aufl., Bd. I, Berlin, Mittler, 1910.

A. ERHOUT and A. HEILLET, Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots, Paris, Klincksieck, 1939.

Josef ESSER, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, Frankfurt am Main, Klostermann, 1940.

P. FORTIERS, "Présomptions et fictions", in: Les présomptions et les fictions en droit, p. 7-101.

Jerome FRANK, Law and the Modern Mind (1930), New York, Doubleday, 1963.

Lon L. FULLER, Legal Fictions, Stanford, University Press, 1967.

François GENY, Science et technique en droit privé positive, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, tome 3, Paris, Sirey, 1921.

Emil SECKEL, H.G. Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., Jena, Fischer, 1907.

Edvard MÖLLER, "Die Einheit der Correobligation und die Bedeutung juristischer Fiktionen", in: Archiv für die civilistische Praxis, 69/1806, p. 203-240.

Rudolf von JHERING, Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil 1. Abt., Leipzig, Breitkopf und Hartel, 1355.

J. Walter JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1964.

Earl JONAIT, *A Dictionary of English Law*, ed. Clifford Walsh, vol. 2, London, Sweet and Maxwell, 1959.

Max KASER, "Beweis last und Vermutung im römischen Formularprozess", in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung*, 71/1954/, p. 221-241.

Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus dem Lehre vom Rechtssätze*, Tübingen, Mohr, 1911.

Hans KELSEN, "Zur Theorie der juristischen Fiktionen", in: *Annalen der Philosophie*, 1/1919/, p. 630-658.

Aleksander KUNICKI, *Donniamania w prawie przeczowym*, Warszawa, Wyd. Prawnicze, 1969.

André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 5^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1947.

Les présomptions et les fictions en droit, publ. Ch. Perelman, P. Foriers, Bruxelles, Bruylant, 1974.

Georg LUKACS, *The Ontology of Social Being, Marx's Basic Ontological Principles*, transl. D. Fernbach, London, Merlin, 1978.

Henry Sumner MAINE, *The Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (1861), 3rd ed., London, Murray, 1890.

Dieter MEURER, *Fiktion und Strafurteil, Untersuchungen einer Denk- und Sprachform in der Rechtsanwendung*. Berlin - New York, Gruyter, 1973.

Dieter MEURER, "Fiktion als Gegenstand der Gesetzgebungslehre", in: *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, hrsg. Jürgen Rodig, Berlin - Heidelberg - New York, Springer, 1976, p. 281-296.

Julius MOOR, "Das Logische im Recht", in: *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 2/1927-28/, p. 157-203.

Gyula (Julius) MOOR, *A jogi személyek elmélete (Theory of Legal Persons)*, Budapest, Akadémia, 1931.

Pierre J.J. OLIVIER, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, Rotterdam, University Press, 1975.

Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976.

Vilmos PESCHKA, "A fikció a jogban és a jogelméletben" (Fiction in Law and in Legal Science), in: *Állam- és Jogtudomány*, 9/1966/, p. 40-82.

Alexander PLÖSZ, "Die Natur der gesetzlichen Vermutungen", in: *Festschrift für Adolf Wach*, Bd. II, Leipzig, Meiner, 1913, p. 3-40.

Roscoe POUND, *Jurisprudence*, vol. III, St. Paul, West, 1959.

Fritz PRINGSHEIM, "Symbol und Fiktion in antiken Rechten", in: *Fritz Pringsheim, Gesammelte Abhandlungen*, Bd. II, Heidelberg, Winter, 1961, p. 332-400.

Salvatore PUGLIATII, "Finzione", in: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 658-673.

Agost PULSZKY, "Jegyzetek Maine: A jog őskora c. műhöz" (Notes to Maine's *The Ancient Law*), in: *Henry Sumner Maine: A jog őskora*, transl. A. Pulszky, Budapest, Akadémia, 1857, p. 327-443.

Jean RIVERO, "Fictions et présomptions en droit public français", in: *Les présomptions et les fictions en droit*, p. 101-113.

François RUSSO, *Réalité juridique et réalité sociale, Etude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale*, Paris, Sirey, 1942.

- Adolf TRENDLENBURG, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1. Aufl., Leipzig, Hirzel, 1868.
- Pierre de TOURTOULON, *Philosophy in the Development of Law*, transl. M. McC. Read, New York, Kelley, 1922 (New Jersey, Rothman Reprints, 1969).
- Joseph UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 3. Aufl., Bd. II, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1868.
- Joseph UNGER, "Die Verträge zu gunsten Dritter", in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 10/1871/, p. 1-109.
- Hans VAHINGER, *Die Philosophie des Als Ob, System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Berlin, Reutner und Reichard, 1911.
- Csaba VARGA, "Law-Application and its Theoretical Conception", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 67/1981/, p. 462-479.
- Csaba VARGA, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985.
- Csaba VARGA and József SZÁJER, "Legal Technique", in: *Questions of Legal Theory 1987 ("Law, Culture, Science and Technology ... In Furtherance of Cross-Cultural Understanding")*, ed. Mihály Samu, Csaba Varga, Budapest, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 1987, forthcoming.
- Paul VINOGRADOFF, *Common-sense in Law* /1913/, London, Butterworth, 1931.
- Max WEBER, *Rechtssoziologie*, hrsg. Johannes Winckelmann, Munich, Luchterhand, 1960.
- Jerzy WROBLEWSKI, "Structure et fonctions des présomptions juridiques", in: *Les présomptions et les fictions en droit*, p. 43-71.
- Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique, Histoire et théories*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1922.
- Carl Friedrich von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, Veit und Compf, 1840.
- Felix SCHULZ, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Meiner, 1917.
- Rudolf STAHLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, Vaisenhaus, 1911.
- Peter STEIN, *Legal Evolution, The Story of an Idea*, Cambridge (etc.), University Press, 1980.
- Walter STRAUSS, *Der Philosophie des "Als-Ob" und die hauptsächlichen Probleme der Rechtswissenschaft*, München, Rösler, 1923.
- Franco TODESCANI, *Diritto e realtà, Storia e teorie della fictio iuris*, Padova, Università, 1979.

Разделение властей – идеология и утопия в политической мысли

Понятийное определение различий государственных властей, а также стремление к нормативному отражению того, что в реально существующей и реально функционирующей государственной системе последовательно и неизменно осуществляется разделение властей, проявляется как общее наследие человеческой мысли, а в новейшем развитии Западной цивилизации пытаются его изобразить в качестве решающего фактора.

Данное общее наследие, естественно, не означает ни универсальности, ни некой вечности. В основе осознания разделения лежат политические и теоретические представления, различные по характеру и по своей цели. Достаточно сослаться на некоторых основоположников данной идеи. Аристотель пришел к мысли о разделении властей в ходе сравнительного анализа форм греческих городов-государств /Политика, кн.1У. разд.14/, Локк говорил о разделении властей в интересах обеспечения правления, подчиненного не людям, а господству законов /An Essay concerning the True Original, Extent and End of Civil

Government, раздел X-XII/ ; в то же время Монтескье предлагал разделение властей, – с учетом их взаимодействий, но в то же время при наличии гарантий для разделения – чтобы обеспечить гражданские свободы путем создания их институционных основ /De l'esprit des lois, кн.XI. разд. VI /. Итак, при реконструкции истории политики четко прослеживается путь, ведущий от древней мечты о смешанных формах правления, тающие в себе взаимные компромиссы, к оуржуазным идеям о разделении властей, противопоставленным самоволию феодального абсолютизма, к обоснованию институтов иллюзорного либерализма. С точки зрения теоретических учений совершенно очевидно, что развитие в данном случае идет от обоснований разделений и характеристик структурных единиц и общих государственных функций к осознанию некоторых функциональных взаимодействий и закономерностей развития государственных органов. Таким образом, с одной стороны, в литературе подчеркнуто пытаются доказать историческую разнородность, прерывность, понятийные различия, связанные с данной идеей. С другой стороны, однако – как мы это докажем ниже – она в качестве некой неразличаемой, хотя и порочной, однородной категории низвергается и рушится под ударами, наносимыми ей учеными из области поли-

тологии и конституционного права, которые пытаются объяснить настоящее исходя из прошлого.

О чем же в действительности идет речь? Говоря кратко, здесь налицо результат того, что мысли не олагаются пошлой, что они по природе не равнозначны и таким образом они могут быть использованы не взирая ни на какие привилегии или контрпривилегии. Более точно говоря, в период больших буржуазных преобразований в конце XVII и в начале XVIII столетий, и в первую очередь в практике создания конституционных основ во Франции и в США, идея о разделении и различении властей пытались истолковать в качестве формулы, пригодной для институционного закрепления. И, соответственно этому, принцип разделения властей как сам по себе удовлетворительный и заодно необходимый институционный образец получает нормативное определение. Какой бы аспект ни рассматривали данного явления, мы можем четко установить, что же произошло на самом деле. Здесь проявляется ни что иное, как абсолютизация поставленной цели, выделение исключительного средства для ее достижения, и тем самым при выборе средства предполагается и осуществление цели. И это по своей очевидности не просто упрощение проблемы, а искажение, выхолащивание первоначальной идеи, ставящее под угрозу ее существование и смысл.

Любая реакция, как правило, вызывает ответную реакцию, и это остается в силе и в данном случае. Более того, если первоначальная реакция чрезмерно категорична, не замечает свои пороки, слепо отрицает любые иные реакции, нам не следует удивляться, что тон ответной реакции будет определяться с учетом первой и выберет самую чувствительную точку, и при этом она совсем не будет стремиться к тому, чтобы при рассмотрении проблемы более широко и дифференцировано раскрыть ее суть, чтобы с пониманием и более гибко отреагировать на нее. Как же следует ответить на агрессивное-решительное утверждение Мадисона о том, что "сосредоточение всей власти в одной руке, будь это рука одного, нескольких или многих лиц, и независимо от того, что перешла ли она к ним либо по наследству, либо в силу того, что сами провозгласили ее, либо в результате выборов, само по себе является тиранией" /The Federalist, No. 47/? Этот же вопрос можно поставить и в случае, когда средства сами по себе рассматриваются в качестве цели, когда утверждается, "что законо-

дательный орган никогда не может выполнять полномочия исполнительной и судебной властей, либо одного из этих полномочий; что судебные органы никогда не могут выполнять полномочия законодательной и исполнительной властей, либо одного из этих полномочий; что в конечном итоге это может привести к господству законов, а не людей". /Конституция штата Массачусеттс, ст. 30. раздел 1./ Но это же относится и к решению Национального Собрания революционной Франции, в котором отмечалось, что "общество, в котором отсутствует разделение властей, не имеет своей конституции".

Отвечая на вышепоставленный вопрос, в буржуазной и социалистической политологии и в науке конституционного права, обоснованно были высказаны сомнения относительно того, что существуют ли /либо могут существовать/ абсолютно независимые друг от друга власти в государстве? Что подобное доктринерство, в его нормативном аспекте, может ли воплотиться на практике? Что в данном случае не о том идет ли речь, что утверждения, выдаваемые за теорию, их нормативное воплощение являются всего лишь жалкой иллюзией желаемого, которые появились в меловой месяц революционных возбуждений? Ведь именно существующий государственный строй, процесс создания конституций красноречиво опровергает эти иллюзии.

Мы думаем, что дали достаточно ясный и в то же время убедительный ответ на поставленный вопрос, т.е. он является вполне обоснованным. Ведь совершенно очевидно, что вышеуказанные надежды являются иллюзорными не только с момента их зарождения, но и последующий ход развития - конституционное развитие, а также политико-правовое теоретическое обоснование - однозначно свидетельствует о том, что происходит дальнейшее отступление, дальнейшее ограничение их на основе более или менее существенных компромиссов.

Если даже с вышеуказанным согласимся, то все-таки остается один вопрос: является ли наш ответ полным, или же это такой ответ, который ограничивается существом поставленной проблемы?

Представляется, что для его выяснения многое может дать попытка применения марксистского понятия идеологии. Метод, примененный Лукачем для реконструкции данного понятия, позволяет прийти к следующим выводам: идеология выступает как средство "осознания конфликтов и борьба за их разрешение"¹. Таким обра-

зом, общее понятие идеологии проявляется в виде "такой формы общественного воспроизведения /переработки/ действительности, которая призвана к тому, чтобы общественную практику людей сделать сознательной и способной к совершению действий"².

Так как основное положение общественно-онтологического учения исходит из того, что "при определении наличия или отсутствия какого-либо общественного явления окончательным и решающим критерием является их общественная эффективность"³, то критика идеологии, т.е. выявление ее истинности или ошибочности с точки зрения теории познания, само по себе не является достаточным. Ведь в данном случае мы не получаем ответа на то, что такова общественная эффективность рассматриваемой идеологии, которая может быть истинной или ошибочной; и тем более на то, что "как же могут люди на основе порочной /"идиотской"/ идеологии действовать, при чем с широким учетом их интересов, т.е. действовать непосредственно правильно".⁴ Анализ творчества Маркса однозначно подтверждает, что "именно поэтому Маркс проблему идеологии рассматривал не с точки зрения абстрактной теории познания, а в ее общественно-онтологической определенности, и при определении идеологии, выяснении ее происхождения для него главной дилеммой была не ее истинность или ошибочность, а ее функция".⁵ Более точно говоря, таким образом "идеология не во всех случаях должна непременно оцениваться с точки зрения истинности на основе теории познания или ее общественно-исторической прогрессивности, а с точки зрения того, что насколько она дает ответ на такие вопросы, которые поставлены существующим в данный момент ходом общественного развития и конфликтами"⁶. Приведем пример: при рассматривании онтологических основ институционального устройства, функционирования и идеологии современного формального права мы приходим к тому выводу, что подход, который исходит из норм и в конечном итоге возвращается к ним - которого К. Маркс и Ф.Энгельс пренебрежительно именуют юридическим мировоззрением⁷ - в этом устройстве непременно присутствует в виде характерных элементов специфически юридических функций. В немецкой идеологии К.Маркс и Ф.Энгельс хотя и доказали, что этот подход с точки зрения теории познания несостоятелен, однако они дальше критики идеологии не пошли - в то время и в тех условиях это не входило в их задачу. Метод онтологической реконструкции однако раскрывает существующие взаимосвязи между системой норм, основывающей на формальном определении фактических составов, предлагающей формальную действительность и формальное соблюдение правил, с одной стороны, и професси-

ональной идеологией общества юристов, которые призваны обеспечить практическое функционирование и воспроизведение этой системы норм, с другой стороны.⁸

Данный пример показывает, что политическая и государственно-правовая теория разделения властей выполняет идеологические функции, и попытки, связанные с доказыванием ее ограниченности или устарелости, связаны с критикой идеологии. Однако между нашим приведенным примером из области права и проблемой разделения властей имеется существенное различие, а именно: профессиональная идеология общества юристов подсказывает /дает "директивы"/ существующим правоприменительным властям ход действий в данный конкретный период - действуйте таким образом, чтобы формальное соблюдение правил выступало в качестве важной формы принятия решений в обществе, т.е. действия должны совершаться таким образом, чтобы формальная степень соблюдения правил привела к оптимальной степени принятия общественных решений. В отличие от данного явления при идеологическом обосновании разделения властей речь идет не о каждодневной деятельности конкретно определенных индивидов, а о подсказке хода действий /принципов поведения/ для государства как самой сложной общественной организационной системы, для создания и определения его институционального устройства и организационно-структурных начал. Все это подтверждает, что если профессиональная идеология общества юристов в целом имеет дело с недостижимым идеалом, - правда, при конкретных ситуациях его достижение не кажется совсем безнадежным, - то теория разделения властей имеет дело с таким идеалом, который как в целом, так и в конкретно-определенном случае, недостижим. Следовательно, с точки зрения его осуществления /возможности его реализации/ этот идеал витает в тумане утопий.

Хотя в наши дни уже очевидно, что в основе всякого мышления лежат серия недоказанных предположений⁹, что утопия может выступать не только как общая система взглядов, но и в качестве элементов /структурных единиц/ мировоззрений¹⁰, тем не менее - даже в условиях тщательности исследований в области социологии познания - не установлена взаимосвязь между идеологией и утопией. Это произошло именно потому, что они рассматривались как взаимоисключающие друг друга понятия.¹¹ Если основываться на понятии идеологии, данным К.Марксом, то очевидно, что рассмотрение утопии в качестве элемента идеологии, ставится в непосредственную зависимость от ее функционального назначения. При рассмотрении такого явления как идеология, мы вместо под-

хода Ф.Энгельса, который был принят за основу и многими буржуазными социологами, и суть которой сводится к тому, что утопия характеризуется не только как общая система взглядов, но и как метод, как проекция будущего, заменяющая научный анализ настоящего¹², мы хотели бы остановиться на утопических моментах, для которых характерно функциональная результативность, выделение идеального в качестве позитивного ориентира. Сущностью этих утопических моментов, таким образом, является сопоставленный с настоящим идеал¹³, который, с одной стороны, выступает как критерий для определения и характеристики настоящего, а с другой стороны, - как ориентир для перестройки настоящего. Они способны выполнить эту двойственную роль именно потому, что в процессе взаимодействия целей и средств их осуществления основное внимание уделяется не непосредственности средств, а опосредственности целей. В ходе непрерывных испытаний, выдвигаемых практикой, - которые, к стати сказать, возникают именно при превращении средств в цели и в силу отсутствия обратной связи в данном явлении, - они могут служить ориентиром по той причине, что средства, хотя и ограничены рамками идеальности, но по крайней мере содержатся в них "растворенно". Следовательно, ни их постоянно обновляющаяся диалектическая разнородность, ни их отвлеченность от существующих реальностей, ни тот факт, что они не могут быть непосредственно осуществлены, не исключают того, чтобы использовать их в качестве ориентира. Данная диалектическая взаимосвязь с реальностью выражается в том, что они подтверждаются на основе той эффективности практики, которая требует, чтобы они выступали в виде позитивного ориентира, и их "критика" может быть разумной не сама по себе, но только при критике той реальности, в которой она отражается, с которой она сопоставляется.

Таким образом, если проблему разделения властей, возникающую в политической и конституционно-правовой науке, отмежевать от ныне существующих представлений инструментализма, то думается, что исходя из вышесказанного, мы можем получить ответ по существу. С точки зрения истории теории или же в терминологическом аспекте отграничение теории разделения властей от теории равновесия властей может показаться важным и нам представляется очевидным, что последняя более широко подходит к вопросу, затрагивает существо вопроса и таким образом она более оригинальна; ведь именно ее идеологические разновидности /формы/ можно проследить как в древних учениях, так и в современных.

Как видно, исследование онтологических взаимосвязей между идеологическими формами и существующими в данный конкретный период реальностями позволяет выявление того, что при конкретной реальности по какой причине формируется и применяется эффективно на практике именно данная идеология. Поэтому легко объяснить и то, почему и каким образом в ходе развития европейских событий – в период борьбы парламентов против королевской власти, а затем в период борьбы все более влиятельного третьего сословия против институтов феодального абсолютизма, – идеология была сведена к простому выражению средств /т.е. к разделению законодательной, исполнительной и судебной власти/; этим можно объяснить и то, что в период революционных преобразований, влекущих за собой существенное сосредоточение власти, по какой причине и каким образом наблюдается полное отрицание идеи разделения властей /т.е. происходит безоговорочное признание неделимости и единства государственной власти и допускается всего лишь разделение некоторых функций/. Это проявилось и в требовании Руссо о неограниченности народного суверенитета, и в идеях якобинцев, и в теории о диктатуре пролетариата в ходе большевистской революции.

И именно в процессе установления этих онтологических взаимосвязей можно выявить, что практическое решение одних и тех же проблем при различных условиях может породить различные идеологии; что рассмотрение средств в качестве цели, выдвигание утопических моментов на передний план или отрицание сути проблемы могут проявляться как необходимость и соответствовать конкретному состоянию общества и его конфликтов, и таким образом, исходя из учений Лукача, их существование функционально объяснимо. Поэтому совсем не случайно, что видный представитель венгерского конституционного права десять лет тому назад – в речи, произнесенной во время его избрания академиком – говорил о внутренних противоречиях государственного аппарата, о необходимости и возможных формах их преодоления¹⁴. Это же относится к высказыванию другого крупного венгерского ученого, – которому принадлежит видное место в формировании венгерского политического мышления, – произнесенному /по такому же поводу/ сразу после окончания второй мировой войны, в момент закладки основ нового общественного строя. Он считал нужным заявить: "Суть проблемы состоит не в том, чтобы определить виды функций государства и затем стремиться во что бы то ни стало к их отмежеванию, а в том, чтобы при наличии концентрации власти у какого-либо органа попытаться разделить правомочия, отнять у него правомочия, наделить правомочиями другой орган, который способен конкурировать с данным органом".¹⁵

Представляется, что и четкие высказывания К.Маркса, прозвучавшие во время споров о ландтагах, т.е. относящиеся к конкретно-определенным обстоятельствам, — даже при учете того, что их можно истолковать по-разному, в зависимости от конкретных обстоятельств, — в своих общих чертах подтверждают нашу мысль /вписываются в нарисованную нами общую картину/. "... Священный и нерушимый принцип разделения властей, снискавший себе большой почет и уважение со стороны крупных государствоведов-философов, по сути дела ни что иное как простое промышленное разделение труда, проводимое в интересах упрощения и контроля государственного аппарата. Как это всегда бывает со священными, вечными и нерушимыми принципами, данный принцип также применяется постольку, поскольку это требуется в условиях существующих отношений"¹⁶.

Критика идеологии таким образом отказывается от мистификации, которая основывается на всемогущности средств и их превращении по сути дела в цель. При реконструкции онтологических взаимосвязей проявляется не беспредметность теории, а наряду с выявлением ограниченности идеологического выражения проблемы заодно указывается и на необходимое существование этой ограниченности в данных конкретных обстоятельствах, т.е. показывается каким образом она на практике связана с вытекающим из фактических обстоятельств результатом /или который по необходимости может вытекать из них/.

П р и м е ч а н и я

- 1 К.Маркс. К критике политической экономии. /К.Маркс и Ф.Энгельс. Избранные произведения. М., 1979. стр. 536/
- 2 Lukács, György: A társadalmi lét ontológiájáról. /Онтология общественного бытия/ том. 2. Бп. Magvető 1976. 449. стр.
- 3 Lukács, том. 1. 283. стр.
- 4 Lukács, том. 2. 466. стр.
- 5 Lukács, том. 3. 231. стр.
- 6 Lukács, том. 2. 466. стр.
- 7 См. например, Ф.Энгельс. Юридический социализм. /К.Маркс и Ф.Энгельс. Соч. т. 21. стр. 495-519/
- 8 Varga, Чабя: Песјам права у Лукачевој онтологији. Марксистички Мисао, 3/83. 10. пункт.
- 9 Proceedings of the Symposium on Scientific Objectivity. Copenhagen, Munksgaard 1977. /Danish Yearbook of Philosophy, vol. 14./

- 10 Utopias and Utopian Thought, ed. Frank E. Manuel. London, Souvenir Press 1973.
 - 11 См. например, Mannheim, Karl: Ideologie und Utopie. Bonn, Cohen 1929.
 - 12 Ф.Энгельс, Развитие социализма от утопии к науке./французское издание 1880, английское издание с введением 1892 г./
 - 13 В большинстве случаев в литературе пытаются обосновать отсутствие общего понятия утопии перспективно /Katesh, George: Utopias and Utopianism. = International Encyclopedia of the Social Sciences, vol. XVI. New York, Macmillan 1968/ или же выдают его в качестве желаемого /Neussüss, Arnheim: Utopie. Berlin - Neuwied, Luchterhand 1968/.
- Это однако не говорит о невозможности, а скорее отодвигает решение в будущее, и именно этим объясняется, что мы используем однозначное понятие "идеал"/"идеальность"/.
- 14 Bihari, Ottó: Contradictions intérieures et égalisations dans l'organisme de l'État socialiste. Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XVII /1975/ 3-4.
 - 15 Bibó, István: Az államhatalmak elválasztása egykor és most. /Разделение властей прежде и сейчас./1946/ Vigilia, XLV /1980/ 8, 538. стр.
 - 16 Marx, Karl: Vereinbarungssitzung vom 4. Juli /1848/. = Gesamtausgabe, часть 1. том 7. стр. 177.

В любой культуре, знакомой с правом, мы сталкиваемся с определенной действительностью относительно концептуального установления права. Учитывая его выдающуюся роль, которую играет право в формировании основных отношений и посредством этого — в обеспечении конечного единства общества, любое право имеет господствующую форму проявления, которая позволяет его признать, установить и тем самым — его использование в качестве ссылачно-го или доказательной основы в процессах, опирающихся на право. Эта форма может быть многообразной, т.е. большей частью связана с обычаями общественной практики, указывающими определенные особенности, с несущими определенные особенности решениями государственных органов, выступающих от имени права или с проявляющимся определенным образом и в определенной форме догматизмом органов, призванных творить закон. В современной европейской культуре, беря за основу идею современного формального права, правом считается в общем догматический нормативный текст, система таких учреждений, определенная в их нормативном тексте или голый инструмент, т.е. средство целей вне права.

В то же время не вызывает сомнения, что такая трактовка права не ставит цель подменить описание правового явления, а лишь путем особых формальных знаков и сознательно сделанных упрощений облегчить и обезопасить поиск путей, ведущих к праву. Оно не ограничивает, однако, истину того, что появление права в какой-либо форме, его инструментальный характер может проявиться только в общественном воздействии.

Трактовка же права в качестве функционирующего целого представляет традиции по разделению труда и подготовке специалистов, содействующие функционированию, общее восприятие и менталитетное наследие, затрагивающее право, социально сложившиеся способы применения права и не в последнюю очередь — реальный вес и роль правовых комплексов в жизни общества в качестве элементов правового понятия. Это вторая, более широкая трактовка рассматривает право в его социализации, в полной системе его социальных связей. Рассмотренное таким образом право является организационной и значительной частью культуры общества, а в критических ситуациях — прямо определяющим его компонентом. В то же время право само является носителем культуры. Ведь правовая культура является частью и выражением культуры поведения, общения и прежде всего, политической культуры; одновременно это относительно

^{*} Вступительный доклад, сделанный в рабочей группе /"Право как история?" / состоящегося в Афинах XII Всемирного конгресса Международной Ассоциации социально-правовой философии.

самостоятельный участник общественной культуры, а также формирует культуру всего общества.

Совокупность облика права объясняется его реальной природой. В общественном бытии, как комплексе, состоящем из комплексов, право выполняет посредническую роль. От других посреднических комплексов его отличает то, что пропуская каждую общественную цель и движение через свою систему требований, право преобразует их в специфично юридическое. А его собственная система исполнения превращает неделимое, дифференцированное от неюридического и это последовательно выражается все большим числом формальных знаков, подкрепляясь со всех сторон. Его обособленность в совокупном комплексе может исчезать только в относительных и, более того, в критических ситуациях. Ведь общественный совокупный процесс является ничем иным, как суммой всех взаимодействий. То есть, какова реальная роль каждого компонента, такова его сила в общественной тоталитарности. Следовательно, только конкретное функционирование показывает, что и в каких размерах является реальным из необходимости обособленности права.

Обобщая: право формируется во взаимодействии со всем обществом. Это создает возможность для развития его обособленности, но и делает взаимодействие относительным и условным.

Различие между двумя возможными трактовками права станет определяюще важным, если задасться вопросом относительно взаимосвязи права и общественного изменения, связи права и истории. Право, трактуемое в качестве инструмента, показывает совсем другие связи, нежели рассмотренное в своем функционировании, практическом воздействии правовое устройство, которое считается органическим творцом жизни и культуры общества.

В образовании права в качестве голого инструмента господствующую роль играет своеобразность правовой сферы. На то, как формируется этот инструмент, непосредственно влияют общественно-исторические факторы. Попробую показать на примере, что с точки зрения исторического совокупного процесса, конкретного социального заказа или вызова случайно — возможные фазы могут также оказывать определяющее воздействие в том отношении, что, чем, каким образом, во что преобразуясь или, что преобразуя, реагирует арсенал средств права. Говоря языком философии Лукача, эта видимая самостоятельность объясняется растущей тенденцией социализации, проявляющейся в общественном развитии. Социализация в общественных связях означает выдвигание на передний план посредничества во взаимодействиях, то, что в воздействии на природу, во внешне простых, целеобусловленных процессах также прекращается непосредственность, односторонность. По ходу вклиниваются промежуточные посредничества. Сам процесс становится многосторонним и более возможным и вместе с тем все более ясным социально обусловленным. Ведь те общественные комплексы, которые принимают участие в этом комплексном движении, все более ясно и решительно разворачивают свою автономию и своеобразие. Это ничто иное, как позиция трезвого реализма в противовес воодушевляющей вере академического эволюционизма. Это признание того, что инструментальный континуит является одним из самых главных элементов в развитии права. То есть новые ответы на все новый вызов рождаются зачастую не путем создания новых средств, а путем переосмысливания старого, составлением новых комбинаций, в другом случае — путем подражания или переноса известного, основываясь на интеллектуальной экономии, подражании, беспомощности.

Все это, несомненно, влечет за собой множество ошибочных источников, равно как то, что определяющее воздействие могут получить обстоятельства, абсолютно чуждые существу дела. Так, например, в альтернативной ситуации вырасти до определяюще важного, что в рассматриваемое время и месте какие старые или чуждые юридические решения представляются доступными, познаваемыми.

К примеру, подумаем о том, как унаследовалась в культуре Месопотамии через столетия от законов Эспунна через кодекс Хаммураби вплоть до Союзного Эксодуса норма ответственности за быка, забодавшего насмерть человека. Ведь унаследовались не только идентичные, но и отличающиеся от всего остального материальные и процессуальные решения, более того дополнительное распоряжение о случайности появилось в неизменной форме, которое связывает ответственность с одним условием. А именно, предупреждали ли предварительно, официально хозяина об агрессивной природе его животного? Или подумали о том, что шотландское право, развивающееся по соседству с английским, в середине XVII века за два десятилетия сделало решающий шаг по пути модернизации, в то время как система понятий частного права внезапно отдалилась от английских традиций того времени и окончательно оформилась по классическому примеру, наследованному у юстинианства. По замене нет других объяснений кроме нескольких юридических книг, которые в конце XVI века, начале XVII века своим практическим материалом опирались на англо-саксонские источники и традиции, хотя при их изложении и классификации прибегали к помощи известных от юстиниана концепций и концептуального дифференцирования. Следует упомянуть и то, что основой концептуального выражения незымлемости в Англии и по сегодняшний день служит такая классификация психических состояний, которую черпали из изложений построенных в основном на спекуляциях, за полтора столетия до зарождения соответствующих наук. Современная психология уже давно превзошла эти учения. Все это, однако, не меняет юридической релеванции, классификации, т.е. неизменно применяемое с юридической точки зрения фиксирует существенные с точки зрения среды регулирования различия.

Следовательно выводом может быть только то, что право как институт имеет в истории относительно свободное поле маневренности. И отправным пунктом здесь может быть отсутствие эквивалента между средством и целью. В зависимости от сложившихся традиций, обычаев, побуждений различные средства могут с одинаковой эффективностью служить одной и той же цели. В то же время средство является единственным, гибким компонентом воздействия, выделяющим общие рамки действия. Ведь само по себе в качестве нормативного текста оно является абстракцией, которая может превратиться в конкретное только в конкретной практике, общественном применении его толкования. Поэтому напрасна любая попытка, которая исходя из права, направлена на реконструкцию истории человечества или стремится извлечь выводы в отношении права, исходя из развития истории. Несомненно, параллельно имеет место: например, "правовая археология" является также /в противовес чрезмерным суждениям полагаю, что не более/ важной и ценной с точки зрения раскрытия образа действия исторических процессов прошлого, как археология средств труда, оседлых или ритуальных обычаев.

Пользуясь примером: едва ли можно объяснить лишь экономи-

ческими, политическими или общими социальными взаимосвязями истории тот факт, что несмотря на общую римскую традицию в развитии западного права какой фактор мог стать определяющим в выборе, инструментальном формировании и подражании континентальному или англо-американскому образцу как двум путям развития. Как нельзя понять лишь по развитию истории, его вызову, почему и как конституировались свободные договорные формы в одной из систем — в таких областях, где в другой системе конституировалась непрезвзойденная до сих пор чрезвычайно приспособленная юридическая конструкция /trust/ распоряжение имуществом в пользу другого путем собственных морально-юридических обязательств начинаемая с материальной защиты недееспособных и замужних женщин и кончая попечительством над жертвованиями и общественными учреждениями. На другой стороне, если в качестве отправной точки возьмем правовое регулирование, то будущий исследователь нашей забытой культуры вряд ли вычитает суровую, изменяющуюся реальность истории, например, из советской Конституции 1936 года. Ведь известно, что этот норматив в качестве основного документа строительства советского общества прослужил основой со сталинских времен через хрущевские замыслы XX и XXII съезда КПСС вплоть до Конституции 1977 года. Или какой вывод можно было бы сделать в отношении венгерской истории после II мировой войны, например, по тому, что открытия и решительная конституционная декларация права на объединение /1948 год/ за прошедшее с тех пор время и, в частности, в наше время благодаря подробному регулированию представляется более строгой, более того, это только мы, переживающие историю, можем знать, что за этим в действительности кроется замена вербальности живой практикой. В сущности дилемма не меняется даже в том случае, если право как средство истолковываем не в качестве конкретного, выраженного в тексте норм, решения, а в форме постанейного изложения, нормативной фиксации или выражения таких средств в тексте норм. Идет ли речь об обычном праве, судебском правотворчестве /и его прецедентных и прочих формах/, официальном правотворчестве /и в том числе о законодательстве, кодификации/ или о формах упорядочения законодательства /ревизии или консолидации/, мы можем в большинстве случаев указать на хорошо разграниченную историческую серию событий, которая указывает на признаки упомянутого процесса или признаки, создающие формальный тип и посредством этого одновременно представляет также ее идеальный тип. Так для первого подхода обычное право отождествляется с европейским средневековым, прецедентное право с развитием английского права, кодекс — с трудами Юстиниана, а кодификация — с гражданско-правовыми плодами французской революции. При более близком рассмотрении же сразу выясняется, что это ничто иное как абсолютизация, отражение в качестве всеобщего результатов европейской цивилизации, относящейся к определенной эпохе, что недопустимо, поскольку означало бы то, что тот или иной продукт культурного развития человечества отождествляем с "народным восприятием, характерным для того или иного носителя конкретной культуры, т.е. исторически возводим частное во всеобщее. Кстати, мы вскрываем также разновидности любого процесса или формы, проявляющиеся в истории развития человечества, и сразу выясняется: любое из различных условий может успешно показать выполнение тех социальных функций, на которые когда-либо было способно право".

Поэтому функциональная типология кодификации идентична типологии самого права. Аналогично можно сказать, что появление самого прецедентного права в английской, южно-африканской, американской, израильской или так называемой смешанной правовых системах может успешно сослужить службу по сохранению и изменению общества и права. Аналогично можно продолжить о том, что обычное право также не имело той роли в развитии средневековой Европы, как, например, в многовековом развитии Венгрии, раздробленной завоевателями на множество частей, когда оно служило единственным фактором сохранения национального единства и в том числе — правового единства. И от всего этого все больше отдаляется та роль, которую так называемое примитивное обычное право играло бы в своих "неформальных" системах. Начиная с того, что право рассматриваем в его социальной действительности, или функционировании, а вместе с условиями и дополнениями его функционирования во всеобщности, мы приходим к иному заключению. Тогда право рассматриваем в качестве части общей культуры общества, которая вписывается в эту в целом определенную историей и одновременно формирующую историю культуру.

Именно благодаря культурным корням и взаимосвязям /образа мышления, восприятия, поведения/ право по отношению к вихрям истории, приводящим к сильнейшим изменениям, может показать поразительно мощную последовательность и даже сопротивление. Судьба права, превращенного в средство, является вопросом простого волеизъявления: оно может стать самостоятельным фактором в истории только путем облагорожения в традицию. В противовес этому право как культура является частью всеобщей культуры, т.е. таким комплексом явлений, который заранее формирует историю.

Для исторической науки и социально-онтологической реконструкции совершенно очевидно, что речь идет не о детерминации одного фактора, а прежде всего о передаче формы: роли фильтра и отборе, формировании через среду фильтра, о превращении в своеобразное. О том, что правовой комплекс /как любой общественный комплекс/, развитый в своей относительной самостоятельности и своеобразии на свой манер отвечает на вызов окружающей среды. Следовательно, на различные внешние интересы окружающей среды реагирует внешне чуждым с их точки зрения образом, своим однородным внутренним импульсом. Тем самым создает осуществление, рассеивание внешних изменений, ведь его относительная самостоятельность и развитое своеобразие делает его способным для того, чтобы эти изменения внести в свою систему, приспособить к своей структуре и порядку движения. Мы знаем, что развития самостоятельность действия и обратного действия может определять также характер событий и даже их ход.

Вдумаемся в то, что уже тысячелетие конфуцианское наследие с какой неизменностью и приспособленностью создает восприятие права и всю его судьбу в Китае или Японии. Поскольку обеспеченное субъектной правомочностью, его тело покрыто оболочкой, предельно зафиксировано во всех деталях и, таким образом, лишь западный образец регулирования поведения, гребущий исполнительно-конкретизирующего применения понюне борется часто за свое признание с периферии живой практики, хотя западная концепция и модернизованная программа по преобразованию общества, нацеленная на приобретение менталитета, поставили перед собой цель замены правовых идей конфуцианства. Или задумаемся в то, какие следы в развитии восточного региона Европы оставила помесь визан-

тийского и монгольского наследия, — прежде всего — в отношении исключительности неделимости власти, ее каризматичной укоренившейся легитимности, в установлении права в качестве государственного действия и в отсутствии развитости правовых конструкций, /например, идея общественного договора/ служащих общественному и государственно-идеологическому дифференцированию. Или вдумаемся в то, что каким образом варварские свободы, которые сузил европейский абсолютизм и поставил в зависимость от милости и дарования владыки, остались нетронутыми в развитии британского права, как превратились в основу развития правовой культуры глубоко опоясанной юридическими гарантиями и таким образом — англо-американский правовой менталитет в одну из самых броских специфичностей. И вероятно не ошибусь, если свяжу с этим правовую культуру, которая до этого успешно избегала угрожающей перспективы с реализации ценностей опуститься до средства обслуживания, т.е. трагедии самоуничтожающей властной подчиненности правового позитивизма и непосредственно управляемого политическим внушением правового механизма и процесса.

Из сказанного вытекает двоякий вывод: поскольку мы рассматриваем право в его полной реальности, а не в качестве инструментального бытия, выясняется, что оно имеет собственную историю, и что вместе с собственной историей возникает в качестве реформатора истории.

Знаменательно, что в середине прошлого века в противовес теоретической пустоте и бесплодию научного позитивизма сформировалось кредо историчности: "Нам известна единственная наука, наука истории". Было бы ошибочным делать вывод из мистической истории, которая сама по себе в целом и для которой любое действие и результат является производной. Полагаю, что это кредо подчеркивает приоритет исторической логики зарождения и формирования над различного рода внутриинманентной логикой: в то же время в отличие от одностороннего каузального детерминизма в нем кроется предвидение совокупности исторической определенности. Сегодня уже известно, что существование складывается из реально происходящих взаимодействий и конкретным результатом образующегося из них совокупного движения является также то, что какая из сторон показала себя более сильной в данной взаимосвязи, и более весомой, т.е. в конечном итоге определяющей направление и результат движения, вытекающего из взаимодействия. Известно также, что с прогрессированием социализации, ростом количества комплексов, участвующих в общественном движении и расширением своеобразных, самостоятельных способов реагирования на современном этапе развития едва ли представляется возможным предвидеть или планировать то, что и каким образом должно осуществлять конечное воздействие. Это же ведет к выводу о том, что единственной теоретической формой реконструкции происходящих в обществе взаимодействий, ведущей к успеху, является тоталитарный подход. Тоталитарный подход исходит из всегда стоящего перед ним целого с целью установления того, что какие факторы успешно участвуют в процессе всегда ведущему к целому, и для последующей его оценки исходит из того, что насколько осуществлялись в процессе взаимной определенности излишки и акценты, как перемещались, в каком направлении и в каком количестве.

Стоило бы проанализировать, например, каким образом дифференцируется привилегированная роль, отводимая экономической сфере, каким образом накапливается или временно исчезает в отноше-

нии поделенных после II мировой войны стран и регионов, осуществляющих социалистические преобразования. Ведь экономика как часть явлений общественного устройства становится непосредственно зависимой от политики, а политика — от соотношения внешних сил. Она исполняет основные перестановки при первом /указывающем направлении/ разветвлении и участвует при всех последующих перестановках. Это не просто замена какой-либо однофакторности другой, а такая комплексная определенность, в которой собственнo весомые факторы могут получить роль только в случае определенной обусловленности, в случае же другой обусловленности осуществляются в противоположном направлении, уступив движению, отрицающему предыдущее. Наш пример более чем красноречив, так как такую координирующую роль политичности мы можем наблюдать одновременно не только в общем развитии обществ, но и в круговороте кризисов и даже борьбе с кризисами, в формировании их образа реагирования и способности к приспособлению.

Другой вывод вытекает из сказанного о праве как компоненте культуры. Вместе с тем самостоятельная роль права также непосредственно примыкает к его совокупной общественной релятивности. Поскольку в общественном движении необходимо учитывать все более комплексные процессы определенности, в которых в меньшей степени можно выделить место права путем сознательного планирования и таким образом прочие факторы могут легко и надолго /по крайней мере измеряя поступью человеческой жизни/ навязать праву роль прислуги. В защиту за усиление и дальнейшее развитие цивилизованных ценностей, одетых правом в мантию, можно бороться только путем превращения в более органичное связей, примыкающих к правовой культуре. Это означает, что построение правовой системы, с должной прочностью и глубинным общественным укладом спаивающей цивилизованные ценности, является не только инструментальной, решаемой в конкретной однократности общественного вызова и правового ответа задачей. Ведь построение такой правовой системы невольно является созданием традиции, закладкой культуры. Это объясняет, что слово властный не может учреждать: лишь может быть плодом стойкого труда поколений, превращая саму культуру в практике борьбы за ее зрелость в практику и посредством этого подключаясь к основным культурным ценностям общества. Поскольку мы боремся за такую правовую систему, то одновременно боремся за возникновение правовой традиции, готовящейся к будущему путем разворачивания своих своеобразных ценностей, при этом обеспечивающей защиту ожидаемых вихрей.

В нашу эпоху — и это явление не связано с определенным социально-экономическим устройством — значительное число государств сталкивается с отсутствием требуемых общественно-политически необходимых традиций. Изживание старого образа мышления и форм поведения зачастую объясняют отсутствием традиций. Поскольку однако открывается возможность для какого-либо развития, выясняется, что речь идет отнюдь не о беспрецедентности, а о вынужденности старта с уровня *tabula rasa*. Только вертящаяся на языке традиция не подтвердила свою силу, всеобщность, внедрение в культуру общества, рефлективную зафиксированность в повседневной практике, показатель образца академического поведения, в конечном счете — самоохранение и самообновление для того, чтобы в неблагоприятные для нее времена не увлекли течения другой направленности, и сокрушились сохранившиеся в памяти прошлого крохи. В странах Средней Европы также часто говорят об отсутствии

демократических традиций. Ну если в действительности делается ссылка на отсутствие, то это парадоксальное признание самого отсутствия: объявление такого дисконтинуита, который является ничем иным как попытка порвать невидимые нити, связывающие прошлое с настоящим, вытеснить из памяти прошлые традиции и тем самым убавить и так уже бедные источники стимула.

Если, например, современная венгерская политическая практика не превратилась в естественное посредничество для того, чтобы подчинить свои акты, предполагающие право, контролю конституционного суда, а акты, применяющие право — контролю административного суда и тем самым соблюдаемые правила игры сделать предаваемым гласности общественным делом, одновременно посредством этого укрепиться вновь легитимирую каждое действие государства. Все это не позволяет забывать о том, что перед сменой власти — политики, выделяющей цезуру, в продолжении традиции могли существовать значительное сельское самоуправление, многопартийность, распространение на противостоящие силы толеранции согласно определенным правилам игры, процветающая общественная жизнь, более того наряду с выборным правосудием — инициатива также административного правосудия; и все это с идеями и результатами борьбы за свободу, уроками десятилетних парламентских стычек, характерных для законодательства, сплачивает однако все демократические традиции и стимулирование. Такие мозаичные компоненты все более красноречиво говорят об одном обстоятельстве, о том, что в сумме своей они были осколками, чахлыми, недостаточны соединенными общественной практикой и ценностями. Следовательно, не проявила себя достаточно глубоким корнем для того, чтобы с должной силой противостоять встречному ветру, просить его воздействия через свою среду. Нарадокс заключается в другом: как раз в том, что поскольку реальная практика зачахла в качестве реального принципа, это является свидетельством того, что для настоящего сохранения, т.е. для эффективного противостояния отсутствовала достаточная сила.

Повторяя, следовательно, основной вопрос: является право историей? Объективное исследование учит тому, что эпос теоретической и практической деятельности по праву может родиться в том случае, если юрист признает значение, силу права в формировании общества и если работает над настоящим в качестве инженера формального, посреднического механизма общества, будет бороться за будущее. Право в качестве рабочего культуры в действительности дает понять, что предметом и продуктом его труда является также история.

Ч. Варга

87.01.012 VARGA Ся. Law as history?.—Р. 276—277.

Известный венгерский ученый Чаба Варга (Институт юридических и административных наук ВАН) рассматривает историческое развитие права в плане различения двух основных возможных подходов в рамках социологического правоопимания. Сторонники первого воспринимают право исключительно в инструментальном аспекте — только как средство воздействия на социальную реальность. Второй

222

включает право в организацию и структуру самой социальной реальности — как компонент жизнедеятельности общества и культуры. Указанные подходы в решающей мере определяют два варианта понимания взаимосвязи права и социальных изменений, места права в истории.

Автор указывает, что на развитие права в его относительно самостоятельном инструментальном аспекте доминирующее влияние оказывает специфика самой правовой сферы. Социально-исторические факторы непосредственно почти не влияют на формирование права как "чистого инструмента". Следовательно, если рассматривать право исключительно как средство, то и в плане всемирно-исторического развития, и в плане требований конкретной социально-исторической обстановки вполне допустимо приписывать случайным мотивам решающее значение в предопределении того, как и на что должно реагировать право, какие социальные изменения вызовут изменения (и какие именно) в праве.

Напротив, рассмотрение права в его социальном бытии, т.е. его функционировании с учетом предопределенности и случайности его действия, приводит к иному выводу. Здесь право воспринимается как часть общей социальной культуры, следовательно, как "включенное" в историческое развитие культуры посредством внутрисоциальных связей. Действительно, отмечает Ч.Варга, право как инструмент обладает значительной степенью свободы в процессе исторического развития общества. Но чисто инструментальный подход к праву всего лишь поднимает вопрос о "включении" в историю индивидуально-случайного компонента — в плане актуальной возможности и желательности социально-правового развития. Между тем право как элемент общей культуры анализируется в качестве комплексного явления, само развитие которого одновременно есть формирование истории. Естественно, что при таком понимании роли права в историческом развитии прежде всего речь идет о создании формы внеправовых компонентов культуры — социальной среды права. Право выполняет "фильтрующую" функцию: отбирает, формирует явления, придает им специфику юридической урегулированности. Это означает, что правовой комплекс

не только формирует историю, но и реагирует присущим ему способом на изменяющиеся требования среды. Он реагирует на воздействие гетерогенной среды обратным гомогенизирующим воздействием, которое является чисто внешним по отношению к среде. Тем самым право способно влиять на ход изменений внеправовой среды и одновременно в силу своей относительной самостоятельности и специфики развития вводить эти изменения в свою собственную систему так, чтобы приспособлять их к своей структуре и тенденциям развития. Внешнее, реагирующее воздействие, относительно независимое от первичного, внутреннего воздействия права на ход всей истории, в силу этой независимости может в экстремальных случаях определять природу и даже исход событий.

Следовательно, резюмирует автор, если право рассматривать во всей его полноте, а не только как инструмент, то нужно признать, что как часть истории оно обладает собственной историей, и посредством своей истории оно одновременно становится творцом истории общества вообще.

В. А. Четвернин

Чаба Варга

СЛОБОДА, ЈЕДНАКОСТ И ПОЈМОВНИ МИНИМУМ ПРАВНЕ КОМУНИКАЦИЈЕ

САЖЕТАК: У аутократским, тоталитарним порецима право нема неки нарочити значај. Оно је манифестација политичког волунтаризма, обично средство државне власти. Да би право било право право, а не фасада права, мора се ликвидирати надмоћ политике над правом. У право треба унети макар минимум садржинских услова, као што су: слобода, једнакост, људска права, законитост.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: право, законитост, слобода, једнакост, волунтаризам, државна власт, политика, тоталитаризам, воља владајуће класе, демократија.

Живимо у доба друштвених револуција – на широким просторима Средње и Источне Европе, не први пут током олујне историје нашег века, а исто тако у Азији, Африци, Средњој и Јужној Америци, у регионима који се претежно сматрају периферним у односу на светске привредне центре. Слика је из једне тачке гледишта заједничка: друштва која се предвођена идеолошком и/или модернизацијском жељом крећу присилном путањом, друштва која сматрају да се налазе у некој врсти стања приправности и да је спознаја тога предуслов напретка прибегавају социјалном експерименту, чему подређују цело друштво, за шта се после 1919. Томас Ман – молећи за Лукачев живот аустријског канцелара, који је разматрао могућност изручења – надао „да је нешто, једноставно, последица изгубљеног рата, када су катастрофалне последице пружиле пролазну могућност социјалним занесењацима да својим идејама експериментишу на живом бићу народа”.¹ Сваки од њих на своју заставу истиче слободу и једнакост – зависно од програма – и остварење још нечег другог, а истовремено малопре споменуто стање приправности у пракси захтева, наводно пролазно, негирање свега тога. Али природа присилне путање је да искривљеност услова искривљује и резултат. Тачније, сви они моменти који су страни изворним циљевима, који се у процес уграђују као конкретна неминовност постајући у друштвеном смислу неопозивим, могу одредити такве узгредне правце који ће се евентуално сами испречити на путу ка остварењу циљева. Парадокс процеса није само у супротности и између жељеног циља и стварног пута, као што су сан о златном добу и беда данашњице, бирократски покретане хијерархијске структуре које изједају основне ћелије друштва, рефеудализација са-

¹ *Thomas Mann und Ungarn. Essays, Dokumente, Bibliographie.* Hrsg. Antal Mádl und Judit Györi. Akadémiai Könyvkiadó, Budapest 1977, 339-340. 1. Varga Csaba fordításában: *A jog helye Lukács György világgképében* (У преводу Чаба Варге: Место права у светоназору Ђерђа Лукача). Magvető könyvkiadó, Budapest 1981, 82-83. 1.

мог друштва уместо бескласности, него као да се и право тако гради да у њему изумири изворна мисао правног поретка.

Или је, можда, ипак изграђен такав правни поредак иза којег више и не стоји право?

Мисли које следе нису политички ставови. Њихова релевантност није толико научна нити друштвена или историјско-филозофска. Следствено томе не одражавају сврставања, симпатије или изборе. Једноставно, из њих говори правник у представљању једне особено хомогенизоване (односно особено издвојено грађене и осамостаљено функционалне) сфере битисања; правник који у овој улози мора да представи њене особене вредности. Јер, бавећи се онтологијом друштва у оквиру опште теорије марксизма – и то из аспекта правне филозофије – зна да када се било какве својствене преваге или доминације стварају и постају везом између појединих делова сложеног комплекса друштвеног бића, њих у онтолошком основном односу не карактерише под- или надређеност него различитост. Јер предуслов социјализације друштвеног бића је развитак појединих делова комплекса (не само привреде и политике, него и религије, морала, права, науке итд.) у оквиру сопствених особености. Филозофски речено: образовање разнородних сфера битисања, које ће своју разнородност са успехом афирмисати у друштвеној репродукцији.

Значи, у оном што следи правник ће говорити о друштвеним предусловима правне компоненте и њене целовитости и о оним могућим ограничењима која – изостављајући особености ове сфере битисања – могу да угрозе њено постојање и целовитост.

У свему овоме могу учествовати разноврсни субјективни мотиви, али из претходне тачке гледишта једна је објективна последица. Зато сматрам да чистилиште кроз које пролази наша домовина са ширим окружењем актуелизује и једном за свагда чини прихватљивим тражење могућих веза, анализу узрока и последица са много већом доследношћу него што је то можда да сада био случај.

ДИЛЕМЕ БЕЗАКОЊА И ЗАКОНИТОСТ

Шта је драматично у убиству свештеника извршеном негде од стране некога? Да из политичких мотива униформисани људи на дужности бестигално докрајче човека који је, случајно, свештеник?

По непорецивости трагичног чина, то очигледно јесте. Међутим, ако је моје интересовање уопштеније, рашчлањујући однос власти и права, морам да учим ледени брег испод „врха“ који је изазвао запрепашћење пошто је случај обелодањен у јавности, власт у чијим је очима право голи украс свакодневне допадљивости.

Пендрек, који је једном зграбила не испушта га, а нико не зна када ће га и на коме употребити; позивање (на власт) које користи када хоће неког другог да ограничи. Управо због тога и не помишљамо одмах на државни терор.

Ако једино овако нешто може да нас пробуди из апатичности, то је само доказ нашег мртвила. Јер то институционално кретање које у крајњим случајевима резултира државним терором може да буде и благо и без крви. Може да се манифестује у виду нефункционисања правосуђа, ћутања управе, у саботажу права.

Какав је то правни поредак где се правосудно-управним одлукама могу спречити расправе законских основаних тужби? Где је то унапред искључено масовним доношењем дискреционарних управних одредаби којима се ограничавају основна права (у случајевима национализације, депортације)? Где постоји могућност изнуђивања управних дозвола упркос забрани правних прописа (као у случају изградње пиваре у заштићеној шуми Хевиских језера), односно где је могуће ускраћивање истих, самовољним ћутањем за то изричито овлашћеног министарства (као у случају увођења могућности непрофесионалних издавачких институција) упркос законској заснованости?

Где се становници државе (дела државе) без њиховог знања и сагласности могу ставити пред свршен чин са далекосежним, штетним последицама, а виртуелно чак и пред могућност модификације мировног уговора од стране владе?

Где је правоснажност кривичног закона условљена не правним нормама (у случају претходних партијских одлука)?

Где у неким подручјима (у вези са правилима КРЕС-а, или у вези са саобраћајним незгодама) настаје привилегован, званично нелегитимисан ред (у круговима полиције односно у номенклатури партијских и државних вођа) да обичан смртник не може ни да зна: да ли се законски третман забрањеног чина модификовао или се у примени закона врши селекција зависно од статуса унутар власти?

Где политичка средина може да достигне притискујућу превагу таквих размера да начела уставно-правне гаранције (принцип невиности до правоснажне пресуде, могућност ослобађајуће пресуде или изрицања блаже казне од тужбом тражене) постају практично непозната, премешћавајући читаве периоде развитка права (донедавно и у Совјетском Савезу)?

Где се друштвена средина толико промени да се нешто што се правно априори претпоставља (на основу службено поднесене пријаве политичког осуђеника, дисциплинско померање заповедника казнионе) због актуелне могућности (о чему је писао и Ђула Илеш у својим сећањима везаним за стварне догађаје у затвору у Вацу) претвори у историјску анегдоту (јер, размислимо: у нашем систему десетлећима су тајили чак и кодекс и извршавања казни)?

Но, један догађај из живота у својој непосредности не зависи безусловном од норме, као што ни судбину норме својом непосредношћу не одређује односни догађаји. Али, нормативна сфера у свом тоталитету има смисла само у случају могућности суочавања са чињеницама; у друштвеној бити нормативитет само у том случају може да игра улогу када, чим се односност као могућност јавља, свака актуелизација облачи форму актуелизације преко оног другог.

Шта је интересантно у следу горњих примера? Институционална проvera правног конформизма извршиоца права је прастара ствар која се у сваком покушају подређивања права (ius) написаном (lex) подједнако јавља код

Јустинијана, Ивана Грозног, Франца Великог. Није нов проблем ни одбрана диспозитива од судског изигравања, о чему су од касног средњег века покушали институционално да воде бригу. (Та обавеза, да се у случају појављивања свакојаке неједнозначности у извршавању писаног права, за његово разрешавање обраћа за то искључиво опуномоћеном сувереном одбору у Византији, или у институционализовању *référé législatif* током француске револуције, тачно је намењена искључењу исприка необавезности извршавања права.)

Различитост се скрива у потреби тоталитаризма овековних револуција и друштвених промена. Покушај институционализовања ових измена на нечувен начин не само да обухвата целокупно друштво, тако рећи сваки сегмент његовог постојања (подржављавањем друштва уништавајући у великој мери његову посебну бит, самоорганизовање, па чак и његове резерве), него показује и застрашујуће резултате, упркос изузетно раширеном и распарчаном државном деловању и институционалним системима, у изграђивању јединствених хијерархијских система, у неустрепталом емитовању и спровођењу централне воље (нако се ово и гради на конкуренцији делимично нерашчишћених или паралелних надлежности, ово може да се запази и до одређене мере постојању традицији византијског државног уређења, и у структури нацистичке власти).

У споменутим примерима друштвене патологије једноставно није реч о томе да извршење измиче врховној власти, суверену или законодавцу. Новина је у томе да сваки успешно подржављени елеменат функционише у јединственом систему. Узалуд идеологија диже на пиједестал раздвајање стварања и примене права: оно што сматра правом само је један од – и то не увек од најважнијих – ланаца у једном јединственом необавезно међузависном али у сваком случају међусобно допуњавајућем процесу, који се одвија у име права и као његова афирмација. Ако кодификација права сама за себе није довољна гаранција за правилно покретање извршног апарата у датом стању система институционалног организовања друштва и на основу себи својствене традиције, јер и сваки поједини ниво и сегмент апарата продукује сопствену правну политику, важе је и прати (јер не сматра себе пуком адресом, него институционално и особно одговорном за успешно спровођење датог политичког – идеолошког или модернизационог програма), онда заиста може доћи до стања у којем је кодификовано право у односу на стварно само нешто случајно. Али у суштини то ипак није, јер у конкретним ситуацијама (национализација, енергетика, развој, унутрашњи послови, кадрови итд.) политика права (односно у њој формирана политичка, тактичка или стратегијска процена, питање престижа или баш лични интерес) одлучује шта ће се на крају верификовати као право.

„Ова два параграфа нам све откривају, остало нису нама наменили. Остали су за свет такви којима није важна суштина него параграф”.²

Као да у овим политичко-тактичким домишљатостима скривено размишљање у својој дубокој унутрашњој неморалности (када после пола десетлећа нихилизовања права, избегавајући крах и омогућивши уношење

² Цитирао Ендре Шик као упутство председника револуционарног суда из Чите: *Próbatéck (Годинте искушења)*. Zrínyi Katonai könyvkiadó, Budapest 1967, 762. 1.

страног капитала, као цивилизацијски предуслов 1922. у Совјетском Савезу најзад доносе Кривични закон, за који је Лењин као одлично препоручно решење необично и за државе у којима је већ свргнута феудална самовоља: да суд по два уопштена става кривичног закона може да прогласи кривичним делом све што 1) просуди као друштвено опасно, и 2) што налази да је слично било којој категорији кривичног дела формулисаној у кривичном закону) практичном злоупотребом постаје десетлећима праћено главно правило, интензивно растварајући веродостојност сваком објективитету речи, рукописа, институције. Не саботира, дакле, нека институција или особа, већ цео подсистем који је дубоко интегрисан у целини друштвеног система.

Сам правни систем ће имати више лица и испољавање се на више начина; нека врста са унутрашњим процепом појаве која сама себе гради на сопственој негацији.

Од бајки до данашње болне стварности можемо да се упознамо са митом доброг владара чија је околина искључиви извор наших патњи.

Зар нема исту вредност оно веровање које нам предочава гигантску борбу доброг закона и лошег извршења? Тим више ако сам Генератор прогласи незаконитим извршење, именује извршиоца и докрајчи га?

Међутим ту се неминовно појављује питање: да ли је ова појава стварно незаконитост? Тачније речено, да ли уопште може да буде незаконито нешто што као резултат произилази из једног затвореног система?

(Незаконитост или примењени закон?) Формална реконструкција логике испољене у формирању и функционисању права³ показује следећу слику: 1) правни систем од устава преко закона и уредби до примене права кроз пресуду, односно до конкретно-појединачног извршног акта, гради се на суженој уопштености хијерархијске разградње нормативног реда, унутар којег сваки ниво – не говорећи о његовом потпуном одређењу односно садржини – применом унутар вишег нивоа постаје творевином; 2) у примени, утврђивању сходности горњем нивоу – као било ког критерија у нормативном поретку – искључива је конститутивна функција оног ко примењује право; 3) што у нормативном поретку – са немогућношћу или исцрпљивањем жалбе – добија правоснажност, у правном поретку постаје неиско-ренљиви део права.

Дакле, правни поредак има сопствену идеологију, праксу самопозивања. Међутим, све што се из овога изгради по формалном критеријуму – као процедурално – постаје целином. Сваки корак унутар нормативног поретка је конститутивна функција која ће постати елеменат нормативног поретка од тада и у зависности од тога када – процедурално неоториво – стекне правоснажност. Морамо рећи са драстичном једноставношћу: део правног поретка биће оно што се као такво постави. Било какве да је друштвене тежине његова идеологија и његово самопозивање као на правно ваљано то може да буде и пуки вербализам.

У овом смислу правни поредак нема сопствено вредновање или покретљивост одвојиву од својих формално-процедуралних закључака: то што

³ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, Cambridge 1946), *Reine Rechtslehre* (Deutsch, Wien 1960) и *Allgemeine Theorie der Normen* (Manzsche, Wien 1979) на основу чега Varga Csaba, *Kelsen jogalkalmazásának* (Чаба Варга, *Келсеново учење о примени права*). *Allam- és Jogtudomány, XXIX* (1986) 4. c.

се једном успешно угњечи у њега као право, то се и претпоставља као право. Све ово значи да је пуноважност којом се користимо за објашњење и опис јединства правног поретка и сама производ конститутивне функције. Није резултат инхерентног квалитета већ квалификованог – који природно по постојању одређених друштвено-правних услова настаје у пракси система позивања на самог себе као самовредновање система.⁴ Дакле, показало се идеологичним хијерархијско-дедуктивно извођење пуноважности система из тзв. основне норме која га утемељује. Заправо, систем напредује корак по корак као једна врста континуитета, у чему се извођење порекла, преношење пуноважности такође дешава корак по корак – девертикално у целокупности система, односно између разних чинилаца у разним смеровима у хијерархијским позицијама, не само од горе према доле, већ хоризонтално и од доле према горе, дакле, унутар континуитета система, са сталним обнављањем међусобног утицаја, подржавајући једно друго.⁵

(Из овога неминовно следи закључак да оно што називамо нормативном затвореношћу строго узевши није ознака права као нечега и иначе постојећег, већ једне специфичне практичне комуникације која – по присућности других друштвено-правних услова – ствара право баш у пракси коју карактерише затвореност норматива, коју у свом кретању и друштвеном битисању носи као искључиво окружење).⁶

Кључни део у нашој аргументацији јесте у процедуралитету и институцији правоснажности. То је стални формално-процесни завршетак нормативно затворених система где последња изговорена реч – без обзира на садржину и на однос према осталим чиниоцима система – постаје неискључиви део дотичног система.

Следствено томе – баш у интересу самоочишћења система – ставља се изузетан нагласак и одговорност на стање и етапу система пре тог завршетка. Са настојањем да се оно прошири избором више могућности. Да учини проводљивим повратно прикључивање од стране других социјалних подсистема на начин који је прихватљив, подношљив за правни подсистем.

Другим речима, у интересу усклађивања друштвеног смисла правних норми, односно стварне и одговарајуће правне комуникације по „природном значењу” правних текстова, обезбеђивање правне помоћи, права жалби – а самим тим пречишћавање унутар права, формирање услова за институционализацију и деловање реконсидерације – не једноставно – тачније не само – надања и преклињања потчињених поданика за самоконтролом иначе неограничене самовоље власти, него и прворазредни интерес сваке власти, из аспекта њене садашњости и будућности, да се са њом, као сопственим

⁴ V a r g a Csaba, *A jog és érvényessége* (Чаба Варга, *Право и његова пуноважност*). Jogtudományi közlöny, XLII. (1986) 1. c.

⁵ На пример Aleksander Peczenik, *The structure of Legal System*. In: *Rechtstheorie*, 6. (1975) 1. c., односно – тачно у горњем смислу – Werner K r a w i e t z, *A jog lépcsős felépítésének tana – a politikai izoláció szekularizációja?* (Вернер К р а в и ц, *Учење о степенастој структури права – секуларизација политичке теологије?*). Jogtudományi közlöny, XLIII. (1988) 5. c.

⁶ Ово је нарочито дошло до изражаја у радовима: Niklas L u h m a n n, *The Selfreproduction of Law and its Limits*, In: *Dilemmas of Law in the Welfare State* (Ed. Gunther Teubner. de Gruyter, Berlin and New York 1986) и *The Unity of the Legal System*. In: *Autopoietic Law* (Ed. Gunther Teubner. de Gruyter, Berlin and New York 1988). V a r g a Csaba, *Autopoiesis és a jog jogalkalmazásigakorlati újraelmélete* (Чаба В а р г а, *Аутопоезис и репродукција права у примени и практично*). Jogtudományi közlöny, XLIII (1988) 5. c.

правом, поистовети (и то пројектовано на прошлост, неизбрисиво и немо-
дификовано) оно што са поновљеним налетима трезвено прихвата и дис-
танцирајући се од правно диктираних или оверених, конкретно јединствен-
них околности у времену и простору.

Тачно по овом формалном завршетку у праву постаје право све оно што
се догађа као право без наде у могућности институционализоване алтер-
нативе.

На најразличитије начине може да се актуелизује дилема – од терорис-
тичких ситуација до бирократских манипулација. Може да се догоди, на
пример, да се разбојништво, силовање почињено од стране окупатора, на
папиру и појединачно, санкционише смртном казном; али још чешће по-
кретање поступка се предухитри ликвидацијом покретача поступка. Може
да се деси да легитимна пријава против злоупотребе силе власти буде не
само безизгледна, већ да у себи носи опасност оптужбе против подносиоца
пријаве за противдржавну активност. Стигавши од стања приправности до
границе консолидованости, управни рутински поступци исто могу проду-
ковати стање без стварних алтернатива. Одбрана против самовољног љу-
тања државе исто тако може бити безизгледна као и против самовоље ствар-
них поступака. Ни попуњеност стварним садржајем дискреционарног прав-
ног простора не може се спознати искључиво путем дозваних правних нор-
ми; још мање тамо где није реч ни о надлежности права већ само о једнос-
траном искоришћавању правно непокривене и неометане хијерархијске по-
зиције власти, (управљање гласилом од стране владе у случајевима за-
брањених црних листа или преко квазинуправљања гласилима од стране
партијско-извршних органа).

Професионално гледано – ако онтологијски реконструиремо функци-
онисање права – шта се ту заправо догађа? Мислим да у оваквим и конструк-
цијски сличним случајевима право не само да се крњи, већ са неким уну-
трашњим процепом пролази преко суштинских измена. Иза стварања права
скривено политиканство у односу на поједине случајеве поново се контре-
тизује – актуелизује и без обзира на створено право (*propter* или *contra legem*) афирмише се у његово име.

Овакав резултат може да буде друштвено-политички пожељан, раци-
онално образложив и оправдан, међутим, из правног угла гледања ово је
самовоља, хаос. Негацијом сопственог принципа уређивања и наметањем
једног непосредно-особеног виђења, то је негација саме идеје права. А прав-
на самовоља је гора од чисте самовоље. Док у очима потчињеног право још
има неки престиж, учињена самовоља у име права – баш из разлога инсти-
туционалних повезаности и идеолошких ослонаца – неодбрањивија је за
грађанина;⁷ у исто време учињена штета није само у изведеној самовољи,
већ и у томе што се разара престиж права, његова друштвена прихватљи-
вост и употребљивост као посредника⁸.

⁷ Разликовање државе и права као „нечега што се само по себи подразумева“ и као „голог
елемента власти“. In Lukács György, *Törvényem és osztálytudat* (Берн 191 у к а ч, *Историја и класна
свест*) (1920-1923). Magvető Könyvkiadó, Budapest 1971, 559. 1.

⁸ Погледати Kulcsár Kálmán, *Politika és jogalkotás Kései-Közép Európában* (Калман
Кулчар, *Политика и стварање права у Источно-Средњој Европи*). Magyar Tudomány, XXIII
(1983) 2. c.

Гледајући крајњи резултат, правно ни из далека није једноставно само правило, ма како вредновано већ стање поретка. У крајњем случају, чак и у најекстремнијим нередима има односних елемената који се могу тумачити као ред – а који извиру из примене правила.

Чак и у Земљи чуда, коју је као вредносни модел описао Lewis Carroll, Алиса и остали могли су у почетку да мисле како учествују у краљичиној игри крикета. Међутим, из краљичиних заповести и њихових спровођења постали су свесни да играју краљичину игру.

Иако су, можда, осетили недоумицу јер су правила била магловита, све то није ништа мењало на томе да је и то била игра, имала је правила, иако је постојало само једно правило – наиме, за утврђивање сваког новог правила овлашћена је била краљица – које је могло да се реконструише као чврсто и предвидиво.⁹ Могуће је, дакле да се газе декларисана или квазининституционализована правила, међутим, стална је алокација дискреције у моменту институционализације новог уместо старог. Као што је ово, у Земљи огледала, могла да искуси и Алиса: „Ако ја користим неку реч” – рекао је Динги Дунги опомињућим нагласком – „онда то значи оно што ја хоћу, ни мање ни више!” – „Питање је”, – сумњала је Алиса, – „да ли се речи поковају томе – Питање је овако Динги Дунги – ко је господар и краљ”.¹⁰

Шта значи, дакле то, да је један закон противустанован? Да је једна уредба противзаконита? Да једна одлука власти крши норму?

Формална реконструкција унутрашње логике права на питање једнозначно одговара у терминологији нормативног конфликта. Усваја као аксиом да заштићеност од конфликта није логички принцип система, тако било који спољно утврђен конфликт може пуноважност унутар права да дотакне само и искључиво у случају конститутивног утврђивања постојаности противуречности унутар права као резултат искључења противуречности норми путем позитивноправних одредаби.¹¹

Дакле, то да је дошло до незаконитости, до пореде закона у правном смислу само право може да утврди о себи, о једном елементу свога кретања. Штавише, ту констатацију унутар права право може да учини само ако је институционализовало могућност покретања поступка у интересу елиминације из овако квалификованог сопственог система. Односно: утврђивање незаконитости искључиво може имати за циљ покретање процеса поновног промишљања и самоочишћења унутар система. Али резултат оваког процеса је слично кретању права – са двоструким могућностима: или ће се утврдити незаконитост и као таква елиминисати из система, или ће утврђивање незаконитости бити неуспешно па се тада законитост оспореног елемента учвршћује и постаје коначна унутар система.

На овај начин ова логика, вербално испољену идеологију правног позивања – „оно што је правно, унутар је права,” преокрене тврдећи: „оно што је

⁹ Потврди одговор на питање да ли можемо говорити о совјетском праву као праву ако *Архипелаг Гудал* Александра Солженицина сматрамо историјски коректним. Цитат Antony Allott, *The Limits of Law*. Butterworths, London 1980, 255-256. 1.

¹⁰ Lewis Carroll, *Alice Tükrörországban* (Луис Карол, *Алиса у Земљи огледала*), *Through the Looking Glass*, 1872.

¹¹ Радови из трећег списка. Нарочито Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Hrsg. Kurt Ringhofer und Robert Walter) 29. погл. 101. 1.

унутар права, то је правно". Закључак ове окрутне али доследне логике је: да је бесправно само оно што се – со ipso – нађе изван права.

Самим тим вратили смо се пређашњој мисли: постаје одлучујуће све што је изречено као последња реч без могућности оповргавања, подржавана процедуралном институцијом правоснажности.

Са правне тачке гледишта – *hic et nunc* – право је оно што је у праву правно неоспорно. Из друштвеног угла гледања, оно што користе као право изнад друштва, без практичне могућности оспоравања. То је оно што се у друштву институционализује као право, и према чему друштво може да се односи рационалним калкулацијама као једино предвидивим.

Према овоме, без обзира на трагичност појединих раздобља наше историје, њихову незаконитост може искључиво да утврди сфера изван права – јавно миње које верује у неко природно значење речи, публицистичко вредновање будућности. Ако о незаконитостима причам као савременик, тада по мом мишљењу говорим о недоследности, неповезаности система пуних супротности. Дакле, у односу на постојеће које се афирмисало као право, ја сам за институционализовање једног другачијег правног садржаја, макар се позивао на исту нормативну заснованост (заправо на њено другачије тумачење). Накнадно утврђивање незаконитости, друштвена, политичка или правна рехабилитација не помаже на томе да је доживљено право, владајући закон према појединцу био нечовечан, мучан или злочиначки, ма колико се косио са осећањем права савременог друштва или са схватањем будућности о природном значењу постављеног права. У овоме шта је савременик доживео као право такође не може ништа да промени. Право тада већ само *ex tunc* може да декларише правне промене, дакле, ма колико ретроактивно, али искључиво накнадно – не доживевши искуство као савременик, већ само дотичући квалификације будућних покољења.

(Негирање закона или посебан ред?) Шта се догађа у случајевима када нешто, са природним осећањем за право, са вером у природно значење речи, осећамо незаконитим? Да ли се елиминише из царства права оно што јесу декларисали као право, али за шта мислимо да не можемо доживети као право?

Или је можда правни систем, цео правни поредак то што се тада изнутра цепа, постаје подељено, а самим тим и плуралистично?

Горе описано стање литература најчешће описује као негацију, антиномију унутар правног поретка.¹² Ово се очигледно заснива на претпоставци неопходности догматичног расчишћавања, логички истозначног изражавања сваке тврдње унутар права и једнозначавња њихових веза. Ова потреба, са једне стране, претпоставља једнородно формализовано изражавање сваког елемента, са друге стране, решење проблема тумачења подразумевајући и питање евентуалне неускладивости конститутивног својства давања значења и међувременског тумачења. У односу на статичност логичке форме (= негације), антиномија је динамична – наслућује кретање док је и сама покретљив појам; нужно не претпоставља сличну догматски систематизова-

¹² Charles E. Alchourron and Eugenis Bulgyn, *Normative Systems*. Springer, Wien-New York 1971, 123, и Les antinomies en droit publ. ch. Perelman. In: *Dialectica*. Nos. 69/72, 18. (1964) 14, односно Bruylant, Bruxelles 1965.

ну једнородност. Није ништа друго до врста узајамности између увелико – потпуно упоредивих снага, страна.

Имајући у виду да је једна од главних црта случајева њихова нерашчишћеност, посебност, те зато ограничена предвидљивост, њихово формално изражавање наилази на више тешкоћа, а до краја је нерашчишћено и то каква ће бити судбина првобитне поставке: које су то стране које уопште можемо обележити као антиномичне. Због тога овај унутрашњи процеп можда је најправилније да схватимо као такву партикуларизацију или фрагментацију у којој се иначе јединствена идејна поставка у пракси ломил у низу посебних поредака. У овом процесу једно је сигурно, а то је практична негација опште афирмације права. Али то на какве ће се посебне поретке преломити овакав поредак права према субјектима и/или случајевима, ствар је формирања у – са правне тачке гледишта случајној – пракси самовоље. Право је, дакле, непредвидиво, не само код испољавања као таквог, већ је и као доживљено право у већини случајева само накнадно описиво.

Ако говоримо о правном партикуларизму или фрагментацији, наше историјско образложење нас подсећа на посебне сталеже феудалних друштвено-правних конструкција. Међутим, данашња самовоља баш са правне тачке се не може назвати рефеудализацијом. Помислимо само на кинеско, астешко или на средњовековно европско уређење. Они су право кројили априори по статусу. Али, све што су оживели као право, учинили су то правним средствима, без рушења права и правних идеала и без постављања самовољног јаза између декларативног и доживљеног права. А и јавно су то признавали – као што су крајем прошлог века и састављачи Немачког грађанског законика, при првој јединственој свеопштој кодификацији у немачкој историји посебно уредили приватноправне односе царске породице (у виду тзв. новела) и то на нивоу законика. Она самовоља која сталну политичку осмишљеност изнуђује као право је атактичка чак и са гледишта феудалних идеала и институционалних уређења. Сам проблем истовремено поставља са огромном тежином питање одговорности и правно уређене власти. Одговорност да се, у конкретним случајевима, икада, зачета осмишљеност и изазов непосредне реакције власти – не претвори у закон; да се обезбеди гаранција жалбе која пружа могућност поновног разматрања.

Јер, онда када буде надлазила стварна консолидација – без обзира на то колико се буде стицала своје прошлости или доживљене садашњости – не може од ње да се ограда слегнувши раменима и називајући оно што је у прошлости газила, само периодом безакоња, јер оно што сада покушава речима да избаци из права, у прошлости је био закон; а њена одговорност за прошлост одређује и њену одговорност за садашњост и за будућност: да у име права не чини друго до оног што преузима од права и што право жели да преузме на себе.

ПАТОЛОГИЈЕ ПРАВНОГ ПОСРЕДОВАЊА

Шта је свему овом могло да буде идејно залеђе?

Очигледно, једно до крајности инструментализовано, од друштвених садржаја испражњено, стерилно, симплификовано правно схватање.

Међутим, морамо да видимо и нешто више и нешто друго у тренутку приближавања нашем поднебљу и проблемима.

Пре свега, без икаквог улажења овде и сада у подоста незавршено политичко-теоријско, социолошко и историјско утемељивање – марксизам, који је из историјског и логичког као и класичног јединства методолошких начела, у својој пракси историју подредио сопственој визији будућности, односно иновира је на волонтаристички начин према својим тактичким потребама, чега је резултат био то да је логички могао да се афирмише само у од стварне прошлости и будућности испражњеној средини.

За то, да нешто послужи као идеолошко залеђе, као средство или подстрек концепирању једне мисли, није потребно да се то у име неке теорије *ekspressis verbis* и може идентификовати као систем концепираних ставова. Довољно је ако то можемо описати као квинтесенцију доживљене праксе. (Вербализам, свакодобно политичко-тактичко коришћење теоријом представљених текстова, оправдава, на пример, методолошку проблематику критике Стаљина или Вишинског. Наиме, то да се њихова неистинитост и уништавајуће деловање не затиче у њиховом појединачно-основним појавама, већ у тенденцији тих појава, пре свега у њиховом целокупном систему теорије и праксе).

Но, дакле, без тога да ме овласти за унапред неисторијско и зато очигледно неовлашћено тражење кривца у равни само мисаоно постављене редукције, по мом мишљењу, свака симплификација права, у својој повезаности иначе утемељена, јесте добро осмишљен политички памфлет са огромним политичким дејством, Комунистички манифест – али понављам: не говорим о симплификацији преко творца памфлета, већ преко симплификатора покрета – који у себи може да се сведе на исто тако утемељену и добро осмишљену употребу речи: "ваше право је само озакоњена воља ваше класе".

Само да се подсетимо: почетком века у Европи заговорници покрета морали су да се боре против права као светог, да би крчили пут према свом циљу, до рушења постојећег. Међутим, освојивши власт, из марксизма су научили једино – занемарујући околину и теоријски садржај наведеног вербалног преокрета¹³ – да је право наредба државе и преко њих заступљена воља владајуће класе. Није израз друштвене интеграције као у социологији; није основна форма друштвеног уређења, као теоретска потврда *ubi societas, ibi ius* у антропологији; није ни посредник који осигурава друштвену сарадњу, као код Лукача¹⁴ – већ једнострано средство политике државне власти. Покретна посуда, у којој је кретање истовремено, једносмерно и случај-

¹³ "Саме ваше идеје производ су буржоаских односа производне и својине, као што је ваше право само у закон претворена воља ваше класе, воља чија је садржина дата у материјалним условима живота ваше класе". Karl Marx és Friedrich Engels, *A kommunista Párt kiáltványa* (Карл Маркс и Фридрих Енгелс, *Манифест Комунистичке партије*) (1848). In: MEVM I. 31. 1. А за указивање на теоретска поједностављења види Чаба Варга, *Место права*, 156-161. 1.

¹⁴ Језик, право итд. као сегмент комуникације између појединих чинилаца друштвеног комплекса као комплекса сачињеног од појединих комплекса (Varga, *A jog helye* (Варга, *Место права*), VI погл., 1., нарочито 175-180. 1.), „правно регулисане друштвених активности“ предуслов је и најелементарније поделе рада (на пример, „гоничи и ловци у лову“). Lukács György, *A társadalmi lét ontológiaiáról* (Гегел у к а ч, *О онтологији друштвене бити*), II, Magvető Könyvkiadó, Budapest 208. 1.

но: од горе према доле – онакво какво јесте. Сређина, чији се покретач по могућности ad absurdum сужава: јер владајућу класу може да замени елита, а елиту онај који у њено име поступа.

(Инструментализација). У друштвеним кретањима, предвођеним идеологијом или модернизацијском присилом, најчешће се афирмишу два утицаја истовремено. Са једне стране, ма колико да је оптерећујуће за дотично друштво, у њима се налази једно дубоко неповерење према спонтаним друштвеним кретањима, са наслућујућим подстицајем, да сваку промену на вештачки начин, хијерархијском пројекцијом надоле, употребом принудне силе државног апарата институционализују издавањем правних одредби. Са друге стране, у њима је дата и чврста чињеница друштвеног напретка, која на дуге стазе сваку правну реформу – која није верификација већ настале или извојеване друштвене реформе, односно подршка одређивањем оквира пожељних алтернатива, већ сопствена жеља за друштвеном реформом путем пуне чињенице прокламовања права – избацује из себе.

То је општа дилема права која се бори са модернизацијом, а која се појављује у акутној форми, и до сада без адекватног одговора, на просторствима Источне и Средње Европе, па и у за мене изузетно познатој Мађарској. Свест о закаснелости напретка, скретање на присилне путање напретка, оформили су у протекла два века теме својствену мисаону и техничку друштвену традицију: у покретању и извршењу друштвених промена претерано ослањање на право и на владање државе правом. По октронсаној традицији социјализма на овоме се заснивала заоставштина волунтаризма, који је у револуционарном огртачу афирмисао своје предрасуде и социјалне утопије.

У крајњој линији за нас је из овога садржински произашло: 1) „сведеност” сваког практичног корака из квазинормативно посматране историјске филозофије коришћене као аксиоматски-дедуктивне систематичке основе, тачно као перспектива ове историјске филозофије посматране нечим вишег реда; 2) постављање ирелевантним сваког прагматичног промишљаја и емпиријског повраћаја – а као формални оквир овоме – 3) не изоставно подржављавање права и његово коришћење као голе наредбе, у чему, 4) постаје одлучујућа воља државе, коју у име владајуће класе, као заступник њене елите, може да спроведе и онај који се управо налази на врху.

Међутим, оваква крајња инструментализација права на дуге стазе не може остати некажњена. Постављање права садржински допадљивим носи у себи неуспех у процесу настајања као друштвено допадљивог. Самовољно искривљавање реформе у индустрију промена иницира једну самопокретну инфлаторну спиралу, која проузрокује даље сужавање идеја правне комуникације, спознаја тога да право није једноставно декоративни израз воље свевишњег, него одређивач спона, који – чим настане – везује све учеснике, све заинтересоване, чинећи их конструкторима и судионичима друштвено заједничке активности права, још се ретко развија у њој. Још мање се формира у њој спремност за афирмацијом права (можда баш против ње) у позицији када би она ограничавала у политички промовисани интерес, у државни или у нешто слично заогрнути лични престиж.

Заправо, чини се, да ту једва и има права. Што називају томе, постоји само у недоследним, једностраним указивањима простора за кретање, већ

ограничено принудном путањом. Јер, измицање контролни проблема који се умножавају због нагомилавања дисфункционалних утицаја неорганских интервенција неизбежно присиљава на решења у којима се права друштвена реформа у све искључивијој мери замењује издавањем голих реформских текстова, који су, природно, неделотворни и без кредибилитета. А резултат не може бити други до поражавајући: непорецива девалвација средства и његовог идејног покретача.

Постајање једноличним и једносмерним – штетност инструментализације се пре свега појављује у једноличности, па као последица тога у једносмерности права. У томе да ће власт имати смисла за поседовање права само из аспекта политике власти. Дакле, само као могућност афирмације самовоље кроз поседовање права, односно обликовања права по слободном нахођењу и манипулације у примени. У томе шта баш они хоће, они раде шта је Њима добро: али исто то више Није, ако би то случајно другима послужило против Њих.

Са друге стране, опет, морамо рећи: оваква Слабост права последица је сличне слабости Политике, његова примитивност одсликава и примитивност политике. Својим непосредним дневним циљевима политика може да подреди право, јер у својини екстремно концентрисане власти ни политика не функционише као политика. Све што се не развија, остаје закржљало. За политику, која је пандан оваком праву, у мањој мери је карактеристично развијање властитих метода и средстава, служење уверавањем и маневрисањем у друштвеним кретањима, него једнострано испољавање воље и њено извршавање по сваку цену, свим могућим средствима – понекад под плаштом права (ако је и тако добро), понекад у другој (било којој) форми која је тада и тамо сврсисходна. О чему је реч: појмовно у праву?

Изражено онтологијски: о попуњавању функције друштвеног посредовања. Дакле, о томе да се право институционализује у друштву као средина уређеног међусобног деловања. Да буде филтер који ће друштвена кретања каналисати у датом смеру. Да се угради у друштвена кретања као филтер који ће функционисати као стварна друштвена институција која комуницира, означава меру и стварно кроји оквири према свим адресатима. Обезбедиће сарадњу друштвених подсистема истовремено са очувањем сопствене аутономије и разнородности – на такав начин што ће истовремено обезбедити обележја затворености функционисања и отворености покретања функционисања.¹⁵

На овакав начин, комуникација има барем два *sine qua non* појмовна елемента, примерно а) обезбеђује међусобно деловање које је б) уређено. Њено својство да обезбеђује међусобно деловање претпоставља постојање два таква пола која су по шансама кретања унутар система (а преко тога, утицаја система) еквивалентна. Искључује, дакле, да буде филтер који делује само једнообразно у једном смеру; искључује, дакле, да било ко, ко је, додуше, дошао у контакт са филтером, ипак не сматра себе преко њега везаним или да не допусти спољну контролу те релације, сумњу у то, изнуђивање тога. А њена уређеност указује на већ споменуто затвореност. То је оно што њеном постојању даје смисао специфичног система и што обезбе-

¹⁵ Nikolas Luhmann, *The autopoiesis of Social Systems* (Florence: European University Institute, 1985.) (Colloquium Papers 81).

ћује да систем функционише по претпоставкама његове затворености. Искључује, дакле, да се ово функционисање састоји само од дискреције у којој је евентуално уређена само алокација дискреционе праксе са одређивањем вршиоца дискреције а да није уређено то да би рекли да оно што су алокирали заправо није функционисање по тезама, већ само његова дискрециона замена са било којим, датим посебним поретком.

Као резултат недостатка уређености, овакво право не само да није посредник, већ не може бити ни трансмисија (јер и она у својој једностраности има одређене законитости). Овако нешто може да подсећа само на произвољно махање тољагом у рукама произвољно коришћене голе снаге („*Might*”, чије мугуће друго значење, у смислу „власти”, овде намерно избегавамо, јер подсећа на *potestas*, који у нашем језику има легитимне призвучке). Како га не могу назвати ни боксом оно где онај други нема ни рукавице па не може да узвраћа ударце, тако не могу ни правом назвати, такву тољагу, која није доступна свима подједнако. Сумирајући већ је злоупотреба и само постојање као правног система свега оног што не посредује у смислу уређеног међусобног деловања. Јер иза краткорочне, тенденциозне и искључиво политичко-тактичким терминима тумачене евентуалне користи, једино је дугорочно, иако нетенденциозно али објективно неминовно, срозавање права, као системске сабесности, разнородности, достојанства и престижа, односно функционисања као проворазредног средства организације друштва.

Можда покрет није ни приметио да је револуционарни пробој успео, да је преузео власт, да се његово сопствено право руши свакодневном праксом неумољивог стремљења ка циљу? Зар нема поверења у сопствене стандардизујуће пројекције, или је њихово предочење наменио само као привремене тактичке попуст спољном свету? Јер сопствено право нижилизује тиме ако сопствене кораке не жели да профилира преко њега; ако га користи само онолико колико му се то подудара са интересима и плановима, а иначе – развијањем сопствене „правне политике” – то чини практично силованим тумачењем; а против себе забрањује његово покретање, позивање.

Јер само фасада може да буде право у којем је, по оцени друштвене већине, чињење огрнуто у рухо права, нелегално или баш илегално.

Легалитет? Као да је превише добро успео револуционарни програм „потпуне равнодушности према формама као мотивима”.¹⁶ Тачније, то је малопре цитирана Лукачева (1920) дилема и прогноза легалитета и нелегалитета. Као да га сопствена унутрашња несигурност и неповерење априори наводи на то да се и према институцијама које је сам изградио односи на стари „револуционарни начин” са практичном равнодушношћу према формама. Па код нас је и даље по примереним политичким конвенцијама знак оданости ако се на сопственим позицијама свако бори свим расположивим

¹⁶ Lukács György, *Történelem és osztálytudat* (Ђерђ Лукács, *Историја и класне свести*), 565-566. 1. „Ако се изгради потпуна комунистичка непристрасност према држави и праву, онда закон и његове предвидљиве последице немају више (али ни мање) значаја од било ког чиниоца околине са којим се мора рачунати при процени остварљивости неког чиниња. Значи да повреда закона нема већу тежину од, рецимо, процене путника о томе да ли ће на време стићи на воз. Ако то није случај, и повреда закона добије призвучке пуних патетике, онда је то знак – ако и са обрнутим предзнаком – да је право задржало пуноважност, да је у стању да изнутра утиче на догађаје, да још није дошло до праве, унутрашње еманципације.” Исто, 563-564. 1.

средствима за оно што сматра да је интерес социјализма – волунтаристички, без обзира на правне критерије (или у недостатку јавности, контроле, али са позиције власти – могућност бескрупулозне афирмације оног што је знатно уже, можда само голи лични интерес). Ако је свако револуционар, ако се сопствена мисија искључиво изводи из легитимитета учешћа у изградњи будућности, немојмо се чудити ако се у правосућу, у раду парламента, уставне комисије, владе и управе покушаји афирмације особених правно-правничких вредности примају као немушти покушаји „правниковања”, као сумњива средства за постизање мутних циљева, а до недавно – као испољавање непријатељстава које је за политичку осуду.

Ове тенденције кроз сваки радикални покрет присутне су у њиховим дилемама.¹⁷ Авет претварања пробуђене свести о „стању приправности” у друштвеним процесима вођеним идеологијом и/или модернизацијом у трагично реалну присилну путању, свугде је присутна.

Сама реализација у историјско-регионалним и националним оквирима исказује се у различитим нијансама и са допуњујућим одредницама. На пример, када су у нашој домовини – истина, после изгубљеног рата и под окупацијом војске која је представљала стаљинистички модел социјализма – у условима партијских коалиција а у борби за искључиву власт функције јавних служби и државне управе замењене директном употребом политичког апарата, уз помоћ присвајања кључних позиција у полицији и војсци, дозвољене су све врсте манипулације у индустрији и трговини нафтом и у другим пословима предодређеним за поуну партијске касе, не штедећи ни националну имовину од кратковидог расипништва. За „подршку” избора које је сама расписала бестидно и тајно користи државне штампарије за разне манипулације. Значи да све оно што је само по себи неутрално, јер је подређено заједничком праву, на чему се заснива практична и извршна функција јавне управе, једнострано се претвара у средство дневне политике, користећи се преварама, лажима и застрашивањима. Распушта управни суд, у недостатку уставног суда једину јавноправну судску инстанцу, јер наводно – како смо недавно сазнали из бестидног гнушања нашег правног месечника – „није себе приметила и позивала се на право”, иако се тада радило о нечем сасвим другом и важнијем. Када Биба, који се залаже и за политичку и правну културу и за правила борбе, из узвишене позиције свеколико победничке СТВАРИ подигнуте на пиједестал историјске филозофије, Лукач ућуткује, и тако једна савремена „ствар” побеђује над било каквим расуђивањем. Изгледа да је све ово, „средило” право, и то не са једнодневним важењем (како би то Лукач рекао пре смрти: неповратно, у смислу уграђивања у друштвене токове и неопозивог утицаја).¹⁸ Може ли рушење хомогености

¹⁷ За време Мађарске Совјетске Републике, правна неограниченост „револуционарне законитости” већ је у 133 дана допуњена, намером правне уређености и постављањем основа за кодификацију. (На пример, S a r l o s B é l a, *A Tanácsközigazgatás jogrendszerének kialakulása* (Бела Ш а р л о ш, *Обликовање правног система Совјетске Републике*). Közgazdasági és Jogi Könyvtár, Budapest 1969). У поређењу са Кином, где се борба за правну консолидацију водила између традиције и западног модернизацијског модела (V a r g a C s a b a, *A szocialista kódifikáció kitérőesedése* (Чаба В а р г а, *Формирање социјалистичке кодификације*). Jogtudományi Közlöny, XXX (1975) в. 15. и н. 1.

¹⁸ На пример, L u k á c s György, *A társadalmi lét* (Берг Л у к а ч, *Друштвена бит*), III 172. и 359, а у односу на очување иреверзибилитета у друштвеном памћењу чињеница из прошлости: II. 189-190. 1.

не средине да буде политичка функција? Посебно ако њеним рушењем право пада у недиференцирану разуђеност сировости песнице? Сматрам да је одговор ипак потврдан. Очигледно може, под одређеним условима, у случају пробоја потребе дисконтинуитета, али само утолико уколико одмах утемељи сопствени континуитет јер ако то не уради, измиче сопствену будућност, испод себе.

(Садржинско испражњење). Инструментализација се истовремено појављује и у садржајном испражњењу права. У томе да одбацивши сваколику традицију, родбинство са доживљеним искуствима и континуитет, правно постаје једноставни синоним постојећег баш захтеваног на врху. Пракса све до данас снажно нагиње ка томе да право редукује на ниво средства у поседу власти за чије се интересе оно произвољно може обликовати и примењивати – заборављајући при том да се потезом пера могу прокламовати само текстови или покретати хијерархијске организације; али тиме нити се може органски обликовати друштво, нити убрати вишак предности (стварни смисао и цивилизацијска вредност правног поретка) који извире из релативне аутономије и достојанство скривено у правној комуникацији.

Наиме, друштвено, сваколико право има *his et nunc* оптимални садржај и употребу. Не у смислу могуће детерминације или дефиниције; значи, не тако како бих то могао да изведем, него у смислу целисходне интервенције. У смислу да је накнадно, на одговарајућој дистанци са свеобухватним узајамним односима свагда једнозначно доказиво: када у којој мери су се формирале оптималне пропорције функционалних утицаја и дисфункционалних последица у погледу датих интервенција. А то је увек накнадно; вредновању циљног или жељеног резултата преваходно се прилази из правца промашаја. Значи, елементе пута ка негативним резултатима открива на дуге стазе или у самој својој тенденцији, а могућност позитивног резултата применом метода елиминације.¹⁹

То уједно значи, колико год да је инструментаријум права конзервативан, и колико год да развој права, уместо проналажења нових, карактерише преузимање старих инструмената и њихова поновна примена,²⁰ ново стање је истовремено и нови систем услова и у одговарајућој адаптацији до изражаја долази креативна људска домишљатост. Средства су сама за себе безлична – индиферентна; своје назнаке и могућности могу показати само у конкретном окружењу и систему услова. Ма колико људског искуства и инвенције сједињују у себи гинеколошка клешта, из аспекта очне медицине вероватно не би положила испит ни да су уопште лекарски инструмент.

¹⁹ Баш као последица негативног доказивања, основна социолошка истина углавном се обликује у студијама појединачног. Студије појединачног даје: *The Imposition of Law* (ed. S. B. Burman and B. E. Harrell-Bond). Academic Press, New York 1979. Теоретска уопштавања види: Allott, *The Limits of Law*, Maria Borucka - Arctowa, *Can Social Sciences Help us in Determining „the limits of law“?* In: *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts* (Hrsg. Eugene Kamenka, Robert S. Summers und William L. Twining). Duncker und Humboldt, Berlin 1986 (Rechts-theorie Beiheft 9).

²⁰ Alan Watson, *Legal Transplants An Approach to Comparative Law*. Scottish, Academic Press, Edinburgh 1974.

ПРАВО И ПИТАЊЕ ПОЈМОВНОГ МИНИМУМА

У односу на право, опште прихваћено становиште у суштини није друго до оно које традиционално приписујемо немачком правном позитивизму: право је право. По критеријумима то не превазилази ни оно у шта се марксизам деформисао у социјалистичком нормативизму: право је оно што се путем државе претпоставља, и/или изнуђује. Према чему је све оно што због одређених садржаја називамо правом, само природно право (или – речено марксистичком терминологијом – право само по идеологизованом постављењу).

Иако пут у конформизам и површност теорија ништа не може да спасе, у случају овакве дихотомне поларизације појма права претпостављено је реч о нечем вишем и другачијем. Особито о институционализацији модерног формалног права, одређеног самосвојним постулатима у структуралној пуноважности и законитости функционисања,²¹ а са тим о стварном онтолошком значају самопозивања, самоорганизовања, ерго, привидно само теоретски системских обележја.²² И само наслућивање овога не само да оправдава и чини бранљивим, него се у свеобухватном теоретском оквиру један такав општи појам права задева теоретском садржином, који са себе одбацује као не-право све оно у чему се сам не одређује као право.

Истовремено, наши данашњи проблеми су многобројни. Свугде у свету ваш век је продуковао такве промашаје, ативизме и примитивизме, морална разголићавања и институционализована зверства, да су – посебно од времена другог светског рата – све израженија настојања и потребе ка једној новој природној правичности. У правној мисли то може да се исказе на различите начине. Покушали су непосредно уношење у право вредносних појмова демократије, слободе и једнакости као минималних услова. Описали су садржинске услове правног поретка и законитост. Створили су каталог људских права да га учине, *sine qua non*, саставним делом. Све што је пожељно формулисали су под битом правне културе. И ма колико је то сјајних резултата донело на пољу мобилизације – и наравно, пре свега, у пракси – теоретска обнова је изостала уколико није дошло до обогаћивања садржаја појма права. (Из аспекта теорије, сматрам да је све то остала колекција пустих жеља. Практично, ипак се догодило нечувени пробој у кодификацији норми људских права и правног поретка. Ово обећава такав међународни правни поредак којем ће – на дуге стазе – *volens, nolens*, сваки национални правни поредак морати да се прилагоди. Задовољење овога и без дискреције, ни у случају остварења помоћу међународног надзора и принуде, неће пружити теоретско обогаћивање појма права, него – како се надамо – практично средство у преображењу човека примереног човеку).

И унутар правне филозофије безброј је настојања за одређивање појмовног минимума права. У западноевропским, јужноамеричким и англоамеричким културама распрострањена је традиција разних природноправних, правољубивих и етичких теорија, које формирају заједнички начин

²¹ V a r g a Csaba, *Modern államiság és modern forrásdis jog* (Чаба В а р г а, *Модерна државност и модерно формално право*), *Allam és Igazgatás*, XXXII. (1982) 5. с.

²² Од публикувања његове *Рехтсоциологије* (Rowshet, Reinbek bei Hamburg, 1972.), Николас Луман је најдоследнији представник ове спознаје. В. још 6. и 4. белешку.

гледања и аспирације;²³ следствено њиховој полазној тачки, баш због тога су вредносно условљени и културно зависни. Друга разматрања претпостављају минимум правног садржаја неопходног за друштвену репродукцију у кругу антрополошких, онтолошких или социолошких постулата; минимум услова за просек послушности неопходних за опстанак права и за изнминост дефакто последичне принуде; односно формирати неопходност крајње конвергенције важећих нормативних система.²⁴ Овакве и сличне констатације стварно је могуће правдати и то без икаквих вредносних претпоставки. У крајњим основама превасходно сведоче о условима могуће успешности саморепродукције права на дужим стазама. Постоје, на крају, и настојања далеко од било какве садржајности, која као основни услов формулишу формално-техничке захтеве, који означавају онај „моралитет“ који „омогућава“ право (издавање прописа, јавност, не-ретроактивност, разумљивост, не-контрадикторност, остварљивост, стабилност, извршност у складу са текстом); експерименти, који као основни предуслов моралном кредибилитету ствараоца права претпостављају сврсисходно и убедљиво обликовану унутрашњу повезаност и доследност права; теоретске реконструкције, које право априори сматрају изменљиво променљивом згушњавајућом непрекидности у времену, која произлази из сваколиког узајамног дејства правне тврдње, правне изнуде и правног праћења.²⁵ Иако се код формално-техничких приступа ови највише приближују могућности једног општег теоретског одговора, то не пружају јер не одговарају на оно што је у горњим релацијама, ту и сада, питање. Уместо минимума претпоставке за право, једни описују основне технолошке захтеве ефикасног функционисања права, други говоре о предусловима друштвене прилагодљивости, а трећи о елементима функционисања права (који у себи садрже и овде описане патологије), о описивању карактера стварне динамике права.

Значи ли то да и нема могућности за превасилажење садржинске незаинтересованости правног позитивизма? Да самоодређујућу системску за-

²³ Са обзиром на разгранатост наше дисциплине, тешко је издвојити један репрезентативан наслов. Због тога неколико дела само за означавање праваца: Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (Hegner, Leipzig 1936) и Leo Strauss, *Natural Right and History* (The University of Chicago Press, Chicago 1953), Otto A. Bird, *The Idea of Justice* (Praeger, New York 1967) и John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1971), David Lyons, *Ethics and the Rule of Law* (Cambridge University Press, Cambridge, etc., 1984). У сваком правцу као основни преглед види још *Jog és filozófia* (Право и филозофија). Антологија из круга литературе грађанске теорије права прве половине XX века. Уредио Чаба Варга. Akadémiai Könyvkiadó, Budapest 1981.

²⁴ На пример, Maria Bogucka-Arcsiowa, *Koncepcja "natury ludzkiej" a wspólnie problemy oceny prawa*. In: Еука, 1970. 6. с. и *A természetjog jelenkori problémái és a jogtudat kérdése* (Ововременски проблеми природног права и питање правне свести). In: *Vendéglátások a jogelmélet köréből* (предавања у гостима из области теорије права), I, Уредио Чаба Варга. (Budapest, ELTE, sprema se), L u k á c s György, *A társadalmi lét* (Берх Л у к а ч, Друштвена бит), II. 213, 485 и нар., III. 18. 1. итд., оди. V a r g a, *A jog helye* (В а р г а, Место права), 186 и нар. Из огромне литературе последње тематике само један информативни наслов: M. J. Detmold, *The Unity of Law and Morality*. Routledge and Kegan Paul, London 1984.

²⁵ На пример, Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, New Haven and London 1964), II. погл., односно у вези са Фулером као горња критика Чаба Варга. In: Allam és Jogtudomány, XIII (1970), 2. с. 407-409, V a r g a Csaba, *A jog belső erkölcsisége* (Чаба В а р г а, Унутрашњи моралитет права), Valóság, 1984. 6. с. и *A jog mint társadalmi kérdés* (Право као друштвено питање), Valóság, 1985. 2. 3. тачка (оба се могу још наћи V a r g a Csaba, *Politikán és logikán a jogban. A jog társadalmi elmélet felé* (Чаба В а р г а, Политичко и логичко у праву. Према друштвеној теорији права). (Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1987), V a r g a Csaba, *Antropológiai jogelmélet?* (Чаба В а р г а, Антрополошка теорија права?), Allam és Jogtudomány, XXIII. (1985) 3. с.

твореност права допунimo минималним условима садржине? Да у погледу стварања и употребе права – бар у кругу теорије, у равни теоретског описа и вредновања – дигнемо препреку неограниченом волунтаризму и самовољи? Односно, да право једном за свагда карактеришемо одређивањем појмовног минимума?

Одговор је тежак – досадашњи неуспех нас упућује на промишљеност. Ранија искуства нас уче да је из аспекта теоретске оправданости непосредно уношење садржинских критеријума у појам права проблематично. Извесно је, међутим, да – ако не и непосредно вредносно везане – садржинске моменте са успехом можемо уградити, тачније путем формално-процедуралних веза и путем техничко-технолошких еквивалената. По обрасцу ранијих експеримената поставља се питање: ако онтолошки минимум нормативне комуникације дефинишемо као гаранцију уређеног узајамног утицаја, нећу ли стићи до формално обликованог квазисадржинског минимума? Било как да је одговор, ово је очигледно квазисадржински, јер је обликовање правне садржине, а и из овог аспекта, произвољно – „велика мистерија” – онако како је формална реконструкција нормативног реда карактерисала стварање права отелотвореног у преласку границе од оног што јесте до оног што треба да буде.²⁶ Међутим, чим се ово догодило, политички односи снага, социолошке ситуације скривене иза стварања права, постају потпуно ирелевантни, јер се у обзир узима само оно што се у праву као право поставља: нема више „горе” и „доле”. Али ако више нема „горе” и „доле”, ово квазисадржински махом постаје садржински у смислу да се у стварању права одређује једнакост адекватна поставкама стваралаца права. А из историјског искуства знамо: свако мерило једнакости (ма колико мало) практично је мерило примењене слободе. (Барем по легенди,²⁷ римски закон XII таблица због тога је могао бити први чисти и поучни пример правне револуције која је избила само због форме, јер иако је непосредни циљ могао да буде јавно утврђивање права одмерених од стране патриција, знано је било да то већ само по себи значи демократичност познавања права, односно мерило једнакости, које у својим границама уједно разултира и одређену слободу).

На овај начин можда је и то могуће да у појму права, путем веза (у онтолошком смислу), своје место добије и једнакост (а преко њега) и минимум слободе?

Чини се да је у крајњој анализи – и краљичина игра право. Право је, значи, са голом самовољом изједначена, од случаја до случаја неомеђена дискреција, у чему једини моменат који издалека подсећа на правно јесте то да су дискрецију алокирали, односно да тренутни хир назван правом упражњава краљица. Али далеко је то од развијености, од пуне вредности; несавршено је, погрешно и инфериорно. Речено грубљом недвосмисленошћу: дефектно, тупаво. Пошто не гарантује уређени узајамни утицај, његова онтолошка бит и функционисање не припада комуникативном ком-

²⁶ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1911. 411. 1.

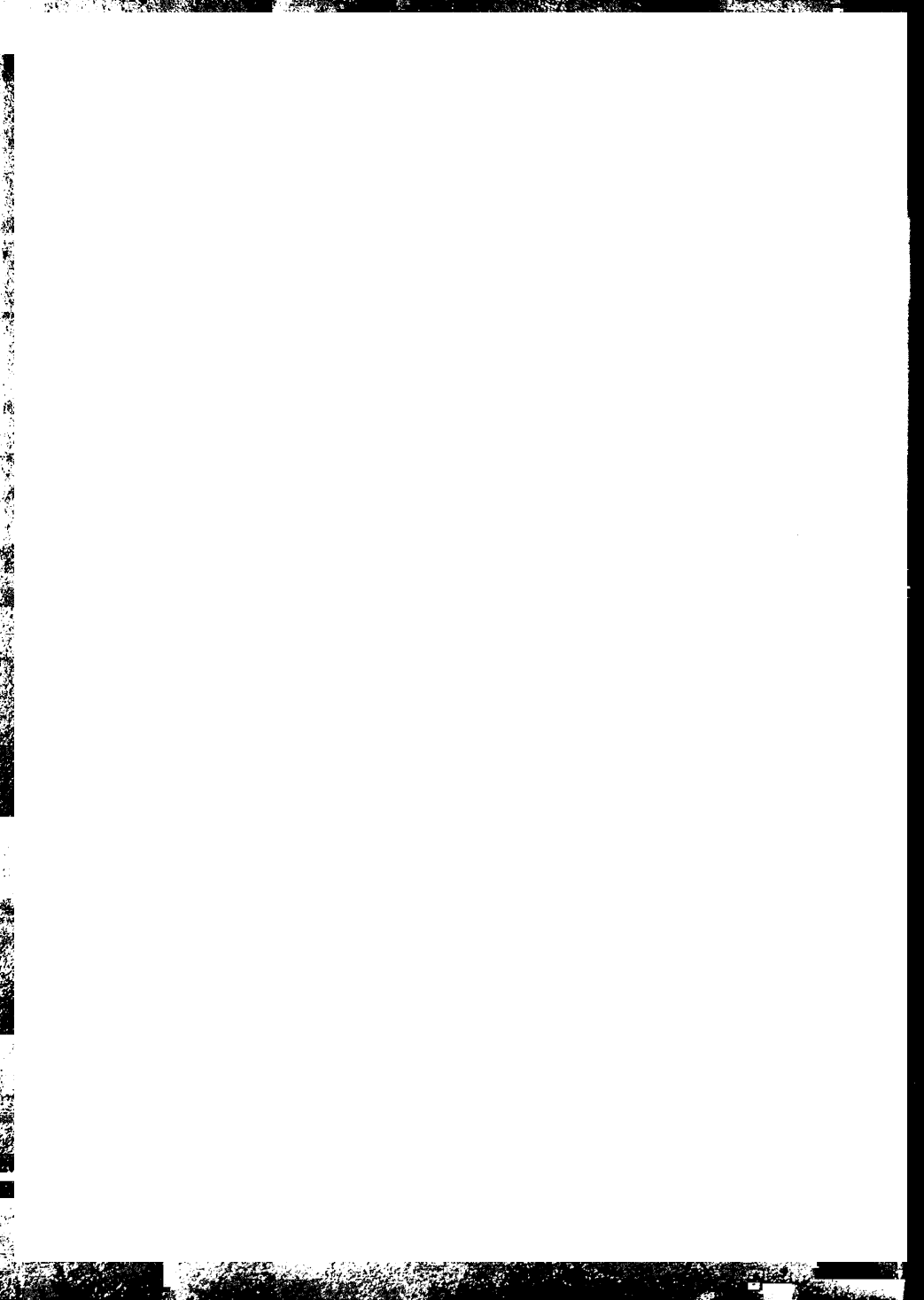
²⁷ Titus Livius, *A római nép története a város alapításától* (Тит Ливије, *Историја римског народа од оснивања града*), III. 9-57. 1. В.: Varga Csaba, *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Чаба Варга, *Кодификација као друштвено-историјска појава*). Akadémiai Könyvtudó, Budapest 1979, II. погл. 2. т.

плексу битисања. Зато из аспекта онтологије, за разматрање је да ли можда треба да говоримо о стању које претходи праву.

Чини се да је на овај начин, ако често и преносно, једнакост део права, а слобода у оној мери колико је и за лечење неопходно више од надрилекарства, скалпела, обрезавања, крви и патње: лечењу припада оздрављење, као што праву органски припада његово озбиљно схватање.

Превод: Иштван БОЦОНИ, Марта БЕНКА

Резюме / Рецензии



Kniha podáva prehľad úpravy študijného poriadku a programu na právnických vysokých školách v socialistických aj ne-socialistických krajinách celého sveta, pričom sa berie do ohľadu aj doterajší vývoj, ako aj reformné tendencie. Pozornosť sa pritom sústreďuje na riadnu dennú formu štúdia.

Z podanej matérie môžeme si utvoriť obraz predovšetkým o type, organizačnej štruktúre, zaradení právnického učilišťa v systéme vysokých škôl.

732

Pokiaľ ide o formy vyučovania popri prednáškach, niekde sa používa forma prednášok spojených s diskusiou, okrem toho praktické a seminárne cvičenia, rôznym spôsobom organizované konzultácie, dočasný pobyt v praxi a pod.

Čo sa týka pomeru všeobecných spoločenskovedných disciplín k rozsahu, v ktorom sa vyučuje domáce platné právo, sú značné rozdiely, pričom možno zistiť, že relatívny rozsah tých prvých (najmä právnej filozofie, marxizmu-leninizmu, dialektického a historického materializmu, politickej ekonómie, dejín politických ideológií, dejín robotníckeho hnutia, logiky, psychológie, sociológie, politiky, dejín práva, štatistiky, kriminológie, kriminalistiky atď.) v učebných plánoch socialistických právnických fakúlt je omnoho väčší ako na buržoazných právnických fakultách.

Rozsah voliteľnosti predmetov je upravený veľmi odchyľne; prejavuje sa najviac tendencia popri stanovení určitého minimálneho rozsahu obligatórnych predmetov umožniť poslucháčom čo najväčší výber; autor odporúča podporovať túto tendenciu, istotne veľmi správne.

Špecializáciu, obvyčajne len vo vyšších ročníkoch, umožňujú viac študijné poriadky v socialistických krajinách ako v kapitalistických.

Stupňovitosť štúdia, spočívajúca v tom, že popri základnom štúdiu je možné aj nadstavbové (postgraduálne), je viac rozšírená v kapitalistických krajinách; v najnovšej dobe ujíma sa však v rôznych podobách aj v socialistických štátoch.

Povinnosť prezencie na prednáškach je zavedená na niektorých právnických školách v Spojených štátoch a bola v Československu; v niektorých krajinách, najmä v Poľsku a niekde v Juhoslávii, takej povinnosti už dávnejšie niet.

Ďalej možno z nej spoznať typy prijímacieho konania, ktoré je upravené veľmi odlišným spôsobom, lebo niekde postačí splniť podmienku ukončeného stredoškolského vzdelania, inde sa vyžaduje ukončenie stredoškolského štúdia určitého smeru, prípadne zloženie prijímacej skúšky a pod. Prijímacie konanie nesleduje len zistenie dostatočnej predbežnej prípravy, ale často je aj prostriedkom výberu tam, kde možno prijať len obmedzený počet uchádzačov.

Aj v skúšobných systémoch sú veľké rozdiely, napr. krajná je úprava platná v Nemeckej spolkovej republike, podľa ktorej poslucháči skladajú štátnu skúšku len po skončení určitých štúdií zo všetkých predmetov; niekde, napr. oddávna v Rakúsku, poslucháči skladajú súborné skúšky po skončení určitých úsekov štúdií; niektoré úpravy spočívajú na záseade, že z každého predmetu sa skladá skúška. Popri ústnych skúškach robia sa niekde aj písomné, najmä diplomové skúšky alebo dizertácie.

Nemôžeme viac ako načrtnúť bohatý obsah publikácie, ktorá si u nás zaslúži pozornosť vo zvýšenej miere už preto, lebo so študijným poriadkom, platným v Československu, nemôžeme byť spokojní. V mnohých ohľadoch treba sa, podľa našej mienky vrátiť k niekdajšiemu študijnému poriadku, najmä uvoľniť numerus clausus, stanovený pre prijímanie, popri prednáškach, ako pedagogicky najúčinnnejšej forme vyučovania, zaviesť zas praktické a seminárne cvičenia, vykonať niektoré zmeny v programe prednášok, a najmä podstatne zmeniť skúšobný systém, ktorý by mal spočívať, podľa našej mienky, na troch súborných prísných skúškach a doktorskej dizertácii, popri ktorých by ostatné skúšky slúžili len kontrole priebežného postupu v štúdiu, potrebné z hľadiska udeľovania štipendií a iných výhod.

Ale nech máme akýkoľvek názor na riešenie základných otázok štúdia práva, recenzovaná kniha nám výborne poslúži, ak sa chceme rozhodovať nielen s dostatočnými praktickými pedagogickými skúsenosťami, ale aj na základe náležitej znalosti úprav inde vo svete.

Stefan Luby

КОДИФИКАЦИОННЫЕ ПРЕДФОРМЫ В РАЗВИТИИ ПРАВА ДРЕВНЕГО МИРА

Чаба Варга

Резюме

Первые формы архаических кодексов были созданы, по существу, как первые типы писаного права. Они зародились после возникновения письменности. Однако распространение письменности послужило для них не причиной, только возможностью. Зарождение их объясняется ускорением древнемесопотамского развития. Писаное правотворчество больше тысячелетия, начиная с «реформ» Урукagina и кодекса Хаммурапи вплоть до хеттских законов, приняло, в первую очередь, форму реформаторских кодексов, ведь образование империй, следовавшее за ускорением экономического развития, потребовало создания централизованного управления и возобновления права, способного к единому и немедленному излучению в имперских масштабах. Необходимость сознательно направленного и проведенного (созданного, зафиксированного, подходящего для импорта, стандартизации и немедленного осуществления) изменения права оправдалась своей объективацией, свой отрыв от органичности обычного права, неразличимо сливающейся с развитием общества. Значит реформаторская функция была первичной и функция сводного фиксирования права появилась только позже и подчиненно предыдущей функции. В середине I тысячелетия до н. э. в китайских кодексах и (по преданию Ливия) в кодексах Двенадцати таблиц, которые были созданы в интересах доступности права, исключительной стала эта сводно-фиксирующая функция. Таким образом в преобразовании системы источников права впервые приняли участие древнейшие реформаторские кодексы, которые установили отдельный порядок за обычное право, до тех пор исключительно господствующее, и над ему. Это писаное право было обобщено сводными кодексами как основная форма появления права. Наконец появилась претензия полностью сменить обычное право, беспощадно редуцировать его на писаное право кодексов, и в этом сыграли роль прежде всего римские кодексы принцепата, продукты правотворчества императоров с постоянного Эдикта до произведений Юлиана. Таким образом формации древности, несущие характер кодексов, выступили предпосылками ряда позднейших кодификационных форм, но они пока не смогли иметь целью преобразовать систематику и структуру права. В это время они терзались, в первую очередь, элементарными заботами перехода к писаному праву. Поэтому считаются они кодификационными предформами и не кодификациями, в узком смысле слова.

ПРОЯВЛЕНИЯ КОДИФИКАЦИИ В РАЗВИТИИ ПРАВА СРЕДНИХ ВЕКОВ

Чаба Варга

Резюме

Первыми своеобразными продуктами развития средневековой кодификации были своды права германских княжеств, возникших на месте бырщей Римской империи. Эти варварские своды точно так же первые фиксации права далеких империй были созданы по римскому образцу. Влияние Рима, однако, привело непосредственно к развитию, являющемуся непропорциональным объективным отношениям и появилось в византийской кодификации права. Эти кодексы характеризуются противоречивой двойственностью, сохранением *обычного характера* содержания кодекса, получившего *яормальную* действительность так, что последнее прилипло к данной форме. Все это вытекает из условий эпохи. Усиление этого характера выражается в продуктах кодификации феодальной раздробленности и «*Scasuns barons est souverains en sa baronie*». Различные своды регионального обычного права (*coutumiers*) в принципе были лишь дидактическими помощниками памяти: в них было осуществлено систематизирующее и сводное закрепление права с сохранением деспотизма феодала и свободной подведомственности ему. В это время правовые книги городов подготовили путь для формально действующего и сознательно созданного права и кодификации права. В эпоху стремлений к централизации прекращение раздробленности обычного права требовало двух шагов. Один из них — прекращение обычного характера обычного права, то-есть его смена законом, а второй — прекращение его партикуляризованного состояния, то-есть его соединение в форме закона. Эти две задачи были тесно связаны друг с другом: смена законом составила логическую предпосылку соединения в форме закона. Смена законом, однако, предполагала такую основную модификацию в интерпретации, идеологии и системе своей институтов и структуре права, вследствие чего смена законом и соединение в нем во времени отделялось друг от друга. После этого прошло 3—4 веков, пока формальная действительность была признана эффективно функционирующим принудительным аппаратом и этим право на самом деле стало — в своей исторической тенденции — сотворимым и своеобразно объективизированным.

Чаба Варга:

*Тенденции к кодификации в эпоху
просвещенного абсолютизма*

В результате возникновения абсолютизма, завершившего эпоху феодализма, в историческом аспекте создавались действительно центральные власти, в рамках которых признанный сувереном монарх сам творит и формирует право, выступая с требованием исключительности. Это обусловлено требованием единого управления современной администрацией и бюрократией, с одной стороны, и тем интересом буржуазии, чтобы право стало писанным, зафиксированным, то-есть чтобы оно обеспечивало предвидимость. С этой целью были сделаны попытки для создания качественной кодификации, превращающей право в систему. В этом отношении как начальные этапы заслуживали внимания французские, прусские и австрийские попытки.

РОЖДЕНИЕ КЛАССИЧЕСКОГО ТИПА КОДИФИКАЦИИ ВО ФРАНЦИИ

Чаба Варга

Резюме

Кодификационные попытки просвещенного абсолютизма и особенно прусские кодексы скорее закрыли дорогу, чем открыли её, хотя последние возникли около важнейшей перемены эпох истории кодификации. Исключительное содержание их было сочетание национальной унификации судебной практики со систематизирующей техникой, но сводясь к прусскому Allgemeines Landrecht это тоже получилось навыворот: по форме в крайней каузистике, а по содержанию в определении естественного права на службу бюрократическому молоху. Во Франции практика частичной кодификации трёх столетий, доктринерское вышлепывание права и аксиоматическое направление теории естественного права недвусмысленно клонили унификационные и реформирующие направления права к кодификации. В Германии естественное право утопилось в доктринерских работах юристов, а во Франции это стало политическим оружием философов против феодализма. Значит требование единства судебной практики, которое в другом месте было только техническим условием абсолютистского правления, во Франции уже было подчинено требованиям, касающимся содержания равноправия и воплотилось в среде революции, происходившей также в области права. Эти корни определили путь кодификации, но не специфицировали его в своей конкретности. В восходящий период революции — когда сковали судью в защите революционного законодательства против саботажа судей и учредив *référé législatif* и запретив толкование было редуцировано применяемое правосудие непосредственно выразить требования естественного права в форме кодификации. Однако период кодификации имел результатом настоящий юридический кодекс; естественное право стало общей идеологической рамкой, основой заполнения пробелов, зафиксированной только в тексте *Discours préliminaire*. Значит дезиндустриализация, характерная для периода консолидирования, не выступила против самого естественного права, а наоборот, ободрало с него внешнюю утопичную оболочку и так добралась до самой сути естественного права. В такой обстановке был осуществлён классическим типом кодификации шаг вперёд с качественной точки зрения во Франции. Унификация судебной практики была связана радикальным изменением права, в то же время революционное изменение права сочеталось с традициональностью и всё это было облечено националистическим эффектом, представляющим создателем нации.

Поздние кодексы и кодификационная проблематика буржуазного преобразования

Французский *Code civil* представлял обычный путь буржуазного преобразования; немецкий *Bürgerliches Gesetzbuch* отражал провинциализм позднего буржуазного преобразования, который утопился в копромиссы; а швейцарский *Zivilgesetzbuch* уже недвусмысленно формулировал нужды монополистического капитализма. Французский кодекс революционного обновления права был характеризован принципиальной последовательностью. Немецкий кодекс, который разрешал капиталистическое преобразование лишь в экономическом плане в условиях пропущенной револю-

ции и выражал прусские великодержавные стремления, свои преимущества сублимировал в изолированной системно-догматическом совершенстве. При этом швейцарское общество, которое рано вступило на путь капитализации и демократизации в своем экономическом прогрессе было ограничено лишь из-за отсутствия единства права, нуждалось в кодексе, который концентрирует на типичное, носит ориентировочный характер, допускает практическую открытость. Эти кодексы были реципированы в ряде стран, потому что они сулили перспективы оптимального буржуазного развития в оболочке кодекса. Их всемирный успех означал одновременно и успех средства правовой техники кодификации.

КОДИФИКАЦИЯ В АНГЛОСАКСОНСКИХ СИСТЕМАХ

Чаба Варга

Резюме

В Англии — уже давно возникало единство права по следу практики центральных королевских судов, вместе с этим юриспруденциальная форма развития права и адаптации тоже были учреждены. Ввиду того, что компромисс буржуазной революцией замещивал всё это почти историчную и современность неразвито перенимало феодальное английское право, таким образом идея кодификации не ставится так резко и неотразимо, как на континенте. Кодификация даже и в большей частью павшем английском движении XIX века служила только отчасти реформе, ибо большей частью служила простому количественному урегулированию права, созданию *tabula rasa*, не касающейся двойственности *statute law* и *judge-made law*. В Британской Индии реформа стояла в центре кодификации со стремлением к единству права, однако на других частях британской колониальной империи кодификация служила только средством импорта, октроирования упрощенного английского права. Первые кодексы американских колоний, подстрекая претензией на безопасность непосредственного правосудия, тоже являются продуктами суммирования упрощенно адаптированного английского права и потом распространялись на других колониях в форме импорта права. Нью-Йоркские кодификационные попытки в XIX отчасти так достигли успеха (внутри штата Нью-Йорк), как воплощение реформы гражданского и уголовного процесса английского происхождения, а отчасти (в виде влияния Нью-Йорка на другие союзные штаты) как суммирование опытов правового урегулирования образования нового государства, как его конденсированная трансмиссионная форма. Таким образом кодификация англосаксонского права может принимать ряд форм, может стоять на службе ряда конкретных целей, всё-таки с точки зрения классического (буржуазного) типа континентальной кодификации она остаётся деформированной прежде всего потому что — сверх относительного выдвигения на первый план намерения правового урегулирования — она и не пыталась и не осуществила заменить прецеденты относительно прошлого и будущего и не редуцировала право урегулированной области на текст кодекса. В то же время в ходе удовлетворения кодификационных претензий произошла и происходит достоянная внимания диалектика между кодификацией и её добавлениями. Ибо в англосаксонском праве урегулирование законов (*consolidation*), унификация законов (*uniformization*) и доктринальная кодификация (*restatement* и *text-book writing*) в одинаковой мере служа действительным добавлением, нейтрализатором кодификационной претензии.

ФОРМИРОВАНИЕ КОДИФИКАЦИОННЫХ ПОПЫТОК В СОЕДИНЁННЫХ ШТАТАХ АМЕРИКИ

Чаба Варга

(Резюме)

В целях приспособления к местным условиям и отложения от англосаксонского права, колонии, возникшие на территории нынешних Соединённых Штатов, уже в самое ближайшее время требовали кодификации. Под воздействием личности и произведений Бэнтама, французской кодификации и внутренних условиях — так необходимости развития во многих отношениях самостоятельного права — в XIX в. развернулось действительное движение кодификации, кульминированное в штате Нью-Йорк. Большей частью попытки Нью-Йорка побудили стремления других штатов к кодификации (так штатов Джорджия, Калифорния, Дакота и Монтана, тоже подробно анализированных в статье). Этими стремлениями были руководимы возможность заимствования попыток штата Нью-Йорк. Но, не считая области процессуального и уголовного права, ввиду отсутствия подлежащих предпосылок эти попытки потерпели неудачу и не оказали прочного влияния, хотя вопрос кодификации неизменно остался актуальным. А в штате Луизиана, вследствие его сильных континентальных традиций, кодификационное движение привело к созданию кодексов европейского типа. Вопреки влиянию англосаксонского права, эти кодексы значительно прибавились к тому, чтобы штат Луизиана — смотря на его систему права — и в наши дни мог существовать на территории Соединённых Штатов континентальным островом.

Ш. ВАРГА, Модернизация права и тенденции его кодификации в афро-азиатском правовом развитии, изд. Института мировой экономики Венгерской Академии наук, Будапешт, 1976, 52 с. *.

Исследование венгерского ученого Ш. Варги посвящено сравнительно-историческим проблемам кодификации права в государствах Азии и Африки. Автор рассматривает широкий круг вопросов теории систематизации и кодификации права в этих странах. Говоря о многослойности и противоречивости большинства правовых систем государств Азии и Африки, для которых характерны дуализм, сочетание элементов современного и традиционного (мусульманского и обычного) права, Ш. Варга подчеркивает обусловленность задач и функций кодификации историческими особенностями правового развития этих стран, двойственным характером существующих здесь правовых систем. По отношению к системам традиционного права кодификация нередко выступает единственно возможным средством практического манипулирования традиционными нормами, преодоления их архаичного характера, изложения предписаний мусульманского и обычного права в установленной законом форме и даже некоторой модификации традиционных правил (с. 6). В связи с этим в книге последовательно выявляется роль кодификации и потенциальные возможности ее использования как средства модернизации систем мусульманского права, реформы и вы-

теснения негативных традиций обычного права. В сравнительном плане уделено внимание и проблемам кодификации в ряде развитых буржуазных государств Азии и Африки — Японии, Израиле, ЮАР и др., ассимилировавших западноевропейские правовые модели. Оценивая значение и перспективы кодификации в государствах Азии и Африки, автор приходит к выводу, что в условиях этих стран кодификация является наиболее приемлемой формой модернизации, рецепции или радикального обновления права (с. 28–29). С некоторыми существенными оговорками с этим общим выводом работы можно было бы согласиться. Но, говоря о модернизации права по западным образцам как об общей тенденции правового развития государств Азии и Африки, Ш. Варга не учитывает революционного характера преобразования права в развивающихся странах Азии и Африки, позитивных процессов создания нового, антиколониального и — в этом смысле — национального права молодых государств, упускает из виду те новые принципиальные различия в социальной природе права, которые складываются в странах социалистической ориентации и пробуржуазных государствах. Вызывает возражение также выделение в работе особой общности «афро-азиатских» государств, в которой объединяются различные по своей сущности государства — как освободившиеся от колониальной зависимости, так и развитые капиталистические страны (с. 5).

Работа Ш. Варги, охватывающая обширный и малопроследованный фактический материал, представляет интерес для специалистов, изучающих теоретические проблемы кодификации права в развивающихся и буржуазных странах.

М. А. Супатаев, канд. юрид. наук

* *C. Varga, Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro-Asiatic Legal Development, Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest, 1976, 52 p.*

Чаба Варга:

*Рождение социалистической
кодификации в СССР*

Автор в статье подвергает анализу появление и раннюю стадию развития социалистической кодификации. Рассматривает отношение Ленина к кодификации. Представляет процесс, ведущий от правосудия, основанного на революционном правосознании, через военный коммунизм к кодификации новой экономической политики. Статья подробно занимается вопросами связи социалистической законности и кодификации.

Чаба Варга:

*Завершение социалистической
кодификации*

Подобно кодификации, совершенной в Советском Союзе, страны народной демократии также кодифицировали без исключения свои правовые системы. В одной части социалистических стран задача кодификации права совпала с унификацией права в национальном масштабе и/или с задачей перехода к исключительности писанного права. Кодификация стала основным и систематически применяемым способом социалистического правового развития. Она сформировалась в истории кодификации в качестве такого самостоятельного типа, в рамках которого впервые учитывается необходимость превышения себе самого, своей рекодификационной замены.

Развертывание нового, социалистического типа кодификации

Ч. ВАРГА

В историческом аспекте социалистическая кодификация зародилась вместе с социалистической революцией, а ее консолидацией. Различные проявления социалистической революции уже недвусмысленно показали на выдвинутом кодификационном пути, но актуальность кодификации и вытеснения развитыми законодательства дана лишь консолидацией, переходом Советского Союза к новой экономической политике. Удовлетворить требования законности на уровне правотворчества была призвана кодификация, а на уровне применения права — единый прокурорский надзор.

Прошлое русской кодификации не сыграло значительной роли в кодификации советского права. В народно-демократических странах, однако, именно посредством прошлого их кодификации стало возможным, чтобы кодификация правовой системы произошла по этапам и с некоторым смещением фаз; в этих странах вследствие постепенности социалистического преобразования не возник такой правовой вакуум, который потребовал бы немедленного заполнения. В противоположность этому, кодификацию торопило то, что в ряде народно-демократических государств в задачи кодификации входили и другие функции, как, например удовлетворение требований не свершившихся буржуазных революций, унификация национального права, или учреждение средств права в европейском смысле слова. Выполнение кодификацией функций и ее сплетение с политической и экономической консолидацией особенно своеобразно можно наблюдать в разных народно-демократических государствах Азии.

Специфическую черту создания типов социалистической кодификации видим в ее рекодификационной перспективе. Это означает то, что социалистическая кодификация не стремится к увековечению самой себя. Так как законность предполагает не только существование, но и бесперебойное поддержание данного состояния, в интересах этого социалистическая кодификация заранее возникает так, что признаны возможность и необходимость ее прежней периодической смены и превышения самой себя. Это, однако, предполагает новый элемент не только в технике социалистической кодификации, но и в социалистическом понимании самого явления кодификации.

Чаба Варга:

Иллюзии в развитии идеи кодификации

Идеал совершенства в кодификации может выступать в двух направлениях. В *количественном* направлении, если урегулирование стремится к казуистической полноте. В *качественном* направлении, если кодификация посредством принципиального урегулирования предусматривает достичь принципиального совершенства, полноты. Такой идеал совершенства в практике кодификации не получает овеществления. Существует лишь как утопия. Такие утопии являются утопиями веры в возможности крайне последовательного осуществления формальной рациональности, за которыми в каждом случае кроются с точки зрения общественности намерения полного ланицирования права — исключения обособленного применения права профессиональными судьями.

VARGA, Csaba: ILUZIJE U RAZVOJU IDEJE O KODIFIKACIJI (Ilлюзиòk a kodifikaciòs gondolat fejlòdésében), Jogtudomànyi Közlöny, 1976; 8; 433—441.

Težnja ka idealnom u kodifikaciji može da se pojavljuje na mnogo načina i u mnogo formi. Jednu grupu nazivamo kvantitativnim idealom, kada regulativa teži kazuističnom savršenstvu. Ideal o savršenstvu će imati kvalitativan karakter onda kada sadrži utopiju načelne i potpune regulative, čime bi se u svom konačnom društvenom dejstvu obezbedilo

laiciziranje prava, što znači da su građani u stanju da sami primenjuju pravo, bilo u svojim bilo u tuđim stvarima.

Idealu kvantitativnog savršenstva težilo se pri donošenju Justinijanovog kodeksa, što je posledica imperatorske prepotencije. Sličan je slučaj sa pruskim apsolutizmom i patrijarhalnim fridrihovskim despotizmom. Francuski *Code civil* bio je rezultat euforične pobede revolucije. Ideal kvalitativnog savršenstva nikad nije ostvaren — to je san, to je utopija. U Engleskoj npr, na kodifikaciju se gledalo kao na prikupljanje celog pravnog sistema u jedan kodeks: The Code, a smatralo se da je kodifikacija sažimanje svih prava neke zemlje ili neke države u jedan kodeks (po ugledu na Codex Justinianus).

Takvo je bilo i Bentamovo utopističko učenje. U Francuskoj je revolucionarni razvoj od pobede do diktature jakobinaca, dao povoda utopističkim zamislima. U euforiji pobede sve se učinilo laki-radikalizam: početi sve iznova, i iluzija: sve je moguće. Kao da su i ljudi bili u nekom užarenom svetlu, — kaže Marks — vladao je duh ekstaze. Značilo je to i žestoko odbijanje ancien régime-a. Ipak, prilikom konsolidacije stvarnih rezultata revolucije, priznata je kompleksnost prava i neophodnost primene prava od strane stručnih sudija, pa je Napoleonov *Code civil* donet imajući u vidu iskonsku želju naroda za jedinstvenošću i jedinstvenošću.

I pobedonosna proleterska revolucija rađala je kodifikacione iluzije. Dok je u francuskoj revoluciji pokretačka snaga bila ukidanje feudalnih povlastica i nejednakosti, dotle je u proleterskoj revoluciji pokretačka snaga bila pre svega likvidiranje anarhije društvenog i ekonomskog poretka. Nije prošlo ni nedelju dana od proglašenja Mađarske Republike kada njen pravnik izjavljuje: rad advokata je bio karakterističan za vlast eksploatatorske klase i anarhistički sistem proizvodnje; propast tog sistema povlači za sobom i propast advokature kao zanimanja. Ovo načelo je kasnije i pravnički formulisano s tim da komunističkom društvu odgovara jasan i kristalno čist pravni poredak. Osnovna pravna načela će biti jednostavna i za svakog lako razumljiva, pa neće biti potrebni ni advokati ni stručne sudije. Ovakva načela su u Sovjetskom Savezu zastupali tzv. levi komunisti. Posle nekoliko godina, prelaskom na NEP, postala je jasna sva nerealnost i neodrživost tog stanovišta i pristupilo se obezbeđivanju zakonitosti, te izgradnji socijalističkog prava kao novog sistema.

Rešenje problema autor vidi u formalnom racionalitetu kao apstraktnom cilju i pokretačkoj snazi pravne kodifikacije. U načelu, ekstremna konsekventnost formalnog racionaliteta može da se kreće u dva pravca. S jedne strane, može da znači nedogledan put sveobuhvatnog predviđanja regulative, koja iznad određene tačke prelazi u svoju suprotnost i vodi samouništenju formalnog a i materijalnog racionaliteta. S druge strane, pak, stoji utopija da se u ime naroda sve preda neposredno u ruke naroda. Ovaj put vodi u potpuno suprotnom pravcu. Želeći da se oslobodi ranijih negativnosti — od neorganizovanosti (engleski primer), od feudalnih privilegija (francuski primer), od anarhičnosti proizvodnih odnosa (primer socijalističkog revolucionarnog preobražaja) — nužno stiže do negacije pravnosti i sistema odvojene objektivacije

і институционалности права. Ово shvatanje dolazi do izražaja і u averziji prema sudijama і advokatima.

Takve su ideje utopijske — zaključuje autor — jer ne vode računa o postulatu optimalnosti formalnog racionaliteta. One će se kasnije konfrontirati prema stvarnim okolnostima і mogućnostima u praksi. Tada će izgubiti svoj utopistički naboj da bi — upuštajući se u dalekosežne kompromise — od ideološke pokretačke snage postale stvarnost koja utiče na praksu.

РЕЗЮМЕ

Категория формальной рациональности, разработанная Вебером и сопоставимая материальной рациональности, по сущности отождествляется способностью подвергаться расчету. Она является часто инструментальной, концентрированной по техническим аспектам, поверхностной категорией. Но в действительности это предполагает предварительное раскрытие и формализованное изложение внутренних закономерностей данного процесса. Поэтому, кажущаяся почти универсальная применимость структур с формальной рациональностью, их возможная тенденция стать свещественной, самостоятельной властью исходит не из их простого априори содержания, а из того, что после об'ективации они в качестве второй действительности прикрывают настоящую социальную действительность.

В развитии права коренный переворот произошел тогда, когда право отделилось от пока неделимого единства социальной практики и традиционного права и стало об'ективированным. В этом моменте стало право, как множество средств-поведений, посреднической категорией между целями общества и социальной активностью. Оно приобрело структуру формальной рациональности, потому что установило нормативные связи, и создало возможность расчета между до сих пор не связанными параметрами.

Формальная рациональность в таком плане является предпосылкой для каждого сознательного, планируемого и контролируемого общественного воздействия. Все это сложилось по ходу развития права в древних и средних веках особенно при ранних формах кодификации, в эпохах абсолютизма. Там, где хотя политическая-экономическая необходимость таких форм имело место, но не было власти абсолютизма, поддерживающего их создание, потребности кодификации удовлетворялись частными кодификациями доктринального значения. Историческая обобщенность организации общества с формальной рациональностью тобозначается тем, что нормативная регулятивная функция права и в будущем не может уничтожаться, исчезает только его классовая функция, связана с сохранением государства.

Как в экономических организациях и в других областях, так и в праве структуры формальной рациональности приобрели свою новую бытие, основанную на возможностях проведения расчета, только в новом времени, после формирования союза интересов феодального владыки и его бюрократии и прослойки буржуазии. Но главной исторической причиной правовой кодификации является необходимость национальной унификации, превращающий феодальный партикуляризм. После этой реализации формальной рациональности право, как квазисигналотическая, формальная система стало овеществленной действительностью. Это с гносеологической точки зрения считается одновременно и искаженной действительностью. А это является необходимой для права, как для практической системы. Как Лукаш писал, право в данном историческом моменте обладает — как раз — этой действительностью. Его главная особенность, — тесная связь моментальным бытием общества.

В отношении общественно-исторических функций кодификации можно определить лишь ее полифункциональность. При различных общественно-экономических условиях кодификация может удовлетворять различные потребности. В различных общественно-экономических условиях тождественный самому себе кодекс часто функционирует по-разному, в различном смысле и направлениях. В качестве инструментальной формации кодекс является носителем различных, часто противостоящих возможностей, которые станут в целом или частью актуализированными, только в ходе их применения для конкретной цели, то-есть в взаимодействии с иными (политическими, экономическими и т. д.) факторами. Поэтому любая типология может быть описательной, значит которая не является ни законченной, ни логически исключительно последовательной.

Все же в развитии кодификации произошла основная смена — переход от экстенсивного, количественного типа к *интенсивному, качественному* типу, когда кодекс не только закрепил действующее право и в письменной форме объективно объединил его, но и перестроил его структуру и организовал его в качестве элемента когерентной системы, являющейся целостной и сама по себе. Случайная смежность норм в кодексе таким образом сменилась их координированной и иерархической взаимосвязью и следованием друг из друга. За этой сменой стояло исторически требование формальной рациональности, в которой выразились потребности слоев восходящей буржуазии, направленные на экономическую обеспеченность и предусмотрительность, а также бюрократические требования абсолютистских феодальных монархий.

Со стороны содержания формальная рациональность в условиях организации современного общества тоже является индифферентным с точки зрения интересов моментом. Что придает общественно-политическую общность различным формам объективации формальной рациональности и инструмента кодификации, то состоит в том, что в историческом аспекте они единогласно содействовали и содействуют углублению формирования права централизованным государством и господства права. Одной из самых своеобразных возможностей политической деятельности государства является кодификация права, которая — вследствие своей формальной рациональности — наиболее эффективно обеспечивает политическое господство над правовой жизнью.

Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae 19 (1977)

VARGA, Csaba: TIPOVI KODIFIKACIJE U KODIFIKACIONOM RAZVOJU (Kodifikációs típusok a kodifikációs fejlődésben); Allam-és Jogtudomány, 1976; 1: 26—54.

Kao i svaka pojava, tako i pravni propis ima dve strane: sadržinu i formu. Kodifikacija kao pojava je više funkcionalna i nije bez značaja kakvu će pravnu formu prihvatiti određeni društveno-ekonomski poredak i kakav će biti kodifikacioni model koji podjednako odgovara njegovim brojnim funkcijama. Pokušaji grupisanja kodifikacija svode se na odnose starog i novog; prema kvalitetu i merilu promene one se dele na: a) postepene, b) istorijske i c) filozofske. Druga deoba sadrži: a) anglosaksonske, b) kontinentalne i c) prirodnopravne kodifikacije (Bentam). Danas se obično govori o statičnim i dinamičnim kodifikacijama.

U osnovi, razlikujemo četiri tipa kodifikovanja: 1) povezivanje promene sadržaja i forme, 2) zadržavanje sadržine a promena forme, 3) uz promenu sadržine zadržavanje forme i 4) zadržavanje i sadržine i forme.

Akt kodifikacije je otelotvorenje celokupnog razvoja društva, njegov simbol. Društveno-ekonomsko uređenje predstavlja istorijsku zakonitost za rešavanje kodifikacionih problema. Posmatrajući kodifikaciju iz kvantitativnog i kvalitativnog aspekta, dolazimo do zaključka da sistemskaa karakteristika ima određene postulate. Sistem nije samo skup komponentata, njime se fiksiraju opšta organizaciona načela, te polazeći od opšteg ka posebnom — daje se definicija detalja.

Kodifikacioni razvoj, istorijski posmatrano, bio je bipolarizovan. Razvoj, koji je značio kvalitativnu promenu, ostvaren je putem nago milavanja kvantitativnih promena. Razvoj industrije i trgovine imao je za posledicu ogroman broj propisa koji su kvantitativnu kodifikaciju učinili nemogućom, pa je na taj način trasiran put ka novoj, kvalitativnoj kodifikaciji. To je značilo i tehnološki-strukturalni preobražaj, nakon čega je nastupila i odgovarajuća promena metoda primene prava. Uz to, vršena je i redukcija pravnog materijala, i ovaj postupak je postao konstantan element kodifikacije uopšte.

Postavlja se pitanje: šta je zajedničko u svim kodifikacionim pojavama, dakle šta je njihova suština? Autor smatra da te zajedničke crte treba tražiti u prvom redu u formalno-tehničkim obeležjima kodifikacionih instrumenata. Razvoj kvalitativnog tipa kodifikacije ide paralelno sa razvojem moderne organizacije privrede i birokracije. Zajednička je političko-privredna nužnost, kao determinanta koja je rezultat racionalizacije na raznim područjima — pravnom, vojnom, crkvenom. Prema tome, jedan od opštih momenata u razvoju kodifikacionih pojava bio bi formalna organizovanost, ostvarenje minimuma formalnog racionaliteta i to na sve višem nivou.

Daljim obeležjem kodifikacije autor razmatra njenu funkciju sredstva centralizovanog pravnog oformljenja države i vlasti u procesu primene prava. U toku razvoja prava, koji je bio neodvojivo vezan za život zajednice, nastali su prvi i najarhaičniji kodeksi drevnih istočnih despotija; oni su bili prva objektivizirana sredstva jedne centralne volje. Funkcije države predstavljaju konkretan skup opštih organizatorskih i klasno-eksploatorsko-organizatorskih funkcija. Kao instrument političke aktivnosti države, pojavili su se uprava i pravo. Stvaranje državne uprave i stvaranje kodifikovane strukture prava idu paralelno.

Posmatrajući kodifikacione pojave u Starom i Srednjem veku, vidimo da je njima zajedničko to što su one bile otelotvorenje maksimuma političke dominacije. U Novom veku kodifikacija postaje sredstvo i cilj emancipacije prava. *Code civil* postao je uzor klasičnog tipa kodifikacije, jer je to bio prvi kodeks koji objedinjenje prava povezuje sa revolucionarnim obnavljanjem prava.

Efikasna politička vlast danas pretpostavlja takav društveno-privredni uticaj koji se može ostvariti na području političke delatnosti države samo izgradnjom relativno osamostaljenih a formalno optimalno nacionalizovanih sistema prava i uprave. Pokazalo se da se putem kodifikacije najpotpunije ostvaruju sveobuhvatni zahtevi centralizovane državne vlasti.

Autor zaključuje da su društveno-političke funkcije kodifikacije višeznačne te zato svaka njihova tipologija može da bude samo opisna. Kodifikacija prava, sa svojim »formalnim racionalitetom«, najbolje i najefikasnije obezbeđuje političku dominaciju nad pravom.

КОДИФИКАЦИОННОЕ ЯВЛЕНИЕ: ЕГО ИСТОРИЧЕСКАЯ СУЩНОСТЬ И АКТУАЛЬНОЕ ЗНАЧЕНИЕ

Чаба Варга

(Резюме)

В данной статье дается теоретическая картинка о кодификационном явлении и суммируются некоторые принципиальные достижения и выводы многолетней исследовательской работы автора, по которым появились его публикации на венгерском языке на страницах „Аллам-эш Йогтудомань“, на английском языке – в журнале „Акта Юридика“ и в других научных органах. По вопросу исторической сущности кодификационного явления подвергаются анализу исторические соотношения двух основных возможностей кодификации – свода права с качественной точки зрения и предположения его в виде элемента системы, являющейся сама по себе целостной. Анализируется, далее, как общий формальный и касающийся содержания признак, организация формальной рациональности правового материала и использование его в интересах превращения центрального, государственного правового режима в более эффективный. По вопросу актуального значения кодификационного явления уделено внимание, прежде всего, диалектике сосуществования кодификации и других форм рационализации права, далее неизбежности тому, чтобы кодифицированное право и судебское право дополнили друг друга.

81.04.005 ВАРГА Ч. КОДИФИКАЦИЯ КАК ОБЩЕСТВЕННО-ИСТОРИЧЕСКОЕ ЯВЛЕНИЕ.

VARGA Cs. A kodifikáció, mint társadalmitörténelmi jelenség. – Вр.: Akad. kiado, 1979. – 352 p.

Реферируемая монография представляет собой анализ кодификации как социального, исторического и юридического яв-

ления. Феномен кодификации рассматривается с точки зрения теории и истории права и сравнительного права. В работе исследуется роль кодификации в создании писаного права, ее воздействие на развитие правовых систем, а также ее функции внутри различных типов права. Автор – Чабба Варга, кандидат юридических наук, ст.науч.сотрудник Института государства и права ВАН.

Ч.Варга указывает, что важнейшей причиной создания первых кодексов в Древнем мире было то, что обычное право уже не соответствовало уровню развития общества, не удовлетворяло потребности управления и правового регулирования в условиях подъема производительных сил и образования империй. Поначалу обобщение и закрепление правового материала не было основной целью кодификаций. Речь шла прежде всего о консервации сложившихся правовых отношений, т.е. о действии, имеющем политический, а не рациональный (в веберовском смысле) характер. Однако "кодификационные попытки" Древнего мира не привели к системному, структурному преобразованию права.

В эпоху феодализма стремление к созданию кодексов не прекратилось. Но существенно изменилась "правовая действительность". Римское право, в т.ч. и идеи римской кодификации, переплетались с обычным правом, уровень правовой культуры в раннее Средневековье снизился, право стало более примитивным. К тому же кодификации препятствовала феодальная раздробленность. Если в Древнем мире главной идеей кодификации в конечном счете было "превращение" обычного права в право писаное, формализованное, то в Средние века феодальные суверены крепко держались за нормы обычного права. Не отказ от обычного права, а попытка найти его некое "правильное", идеальное применение – вот наиболее характерная черта юридической жизни раннего Средневековья. Более подходящие условия для кодификации возникли лишь в результате длительного процесса отделения формального положительного права от обычного права. Но для унификации содержания правовых норм было необходимо уничтожение феодального партикуляризма, что и произошло в эпоху позднего Средневековья, т.е. в период господства абсолю-

тизма. Абсолютизм во многих отношениях подготовил почву для классической буржуазной кодификации. Но поскольку общественные условия и формы феодального абсолютизма в отдельных странах не совпадали, то и в кодификации, особенно в отношении поставленной перед ней основной цели, также имелись различия. Характерным для эпохи абсолютизма было то, что законы стали факторами формирования общества. Это время было отмечено также совершенствованием техники кодификации, что явилось еще одним шагом по пути превращения права в нормативную систему.

Своего полного развития кодификационная мысль достигла в эпоху капитализма. Именно тогда окончательно сформировался классический французский тип классификации, в которой традиционализм сочетается с эффективной рационализацией. Вообще XIX в. в развитии права характеризуется господством больших кодексов и "технизацией" юридических норм. Однако наряду со многими преимуществами большие кодексы имеют и недостатки, а именно: они не в состоянии приспособливаться к постоянно меняющимся потребностям экономического развития и тем самым решать задачу модернизации права. Решение этой задачи переносится в сферу правовой практики. Что касается англосаксонской правовой системы, то появление в ее рамках кодексов не изменило прецедентного характера английского права.

В сравнительном праве как особый тип правовой системы выделяется афро-азиатская правовая система. Эта особая область и с точки зрения кодификации. Специфика ситуации заключается в том, что колонизация Западом стран Азии и Африки сопровождалась экспортом европейских правовых стандартов. Колонизаторы кардинально модернизировали туземные правовые системы, навязывая завоеванным народам чуждые им кодексы. Правовая экспансия Запада означала не только привнесение плодов чуждой культуры, но и во многом эффективную рационализацию и формализацию местного права. Следует подчеркнуть, что и после освобождения от колониализма в большинстве государств "третьего мира" европейские кодексы сохраняют свое влияние на развитие правовых систем. По словам автора, рационализм европейского типа власти в

целом "покинул" Азию и Африку вместе с уходом его носителей, но власть рационализма европейского права и кодификации осталась.

Таким образом, кодификация стала символом афро-азиатской модернизации. Сейчас на повестке дня в "третьем мире" стоит вопрос о приспособлении европейских кодексов к национальным традициям, в т.ч. и правовым.

В ходе социалистического строительства, отмечает Ч.Варга, кодификация приобретает качественно новые черты. Известно, что в первые годы революции в России раздавались голоса, призывающие ликвидировать кодифицированное право как несовместимое с сущностью коммунизма. Однако в дальнейшем все более острой стала проблема обеспечения законности. Основным правовым средством решения данной проблемы была признана кодификация. Вообще обеспечение законности есть основная функция социалистической кодификации. Ее важной особенностью является то, что она направлена не на закрепление кодифицированного правового материала, а на его систематический пересмотр. Данный феномен автор квалифицирует понятием "рекодификация".

Ч.Варга выделяет различные типы кодификации по следующим "признакам": а) кодификация может быть закрепляющей, обобщающей, систематизирующей и реформирующей; б) роль, которую кодификация играет в механизме правотворчества; в) функция кодификации в социальной и правовой сферах.

В заключение автор формулирует выводы, к которым он пришел на основании анализа данного феномена: 1) кодификация есть продукт общественно-экономического развития; 2) кодификация, охватывающая всю правовую систему, невозможна; 3) кодификация может быть успешно проведена лишь по отраслям права; 4) цель кодификации не в "закреплении" права, а в придании той или иной отрасли права четкой и рациональной структуры; 5) кодификация — это тот на сегодняшний день самый высокий предел, которого достигла рационализация права; 6) в современных правовых системах кодифицированное и судебное право суть дополняющие друг друга компоненты.

Реферат представлен
Библиотекой ВАН

Rozsahom objemná práca so širokým historickým záberom pláťach tisícoch počádza od mladého právneho teoretika z Ústavu štátnych a právnych vied Maďarskej akadémie vied. Je spracovaná konzistentne marxistickou metódou. Autor si v prvej historickej časti knihy zaumienil sledovať jav kodifikácie postupne vo všetkých historických epochách, počnúc raným stárokom cez stredovek a obdobie klasických bužoázných kodifikácií až po kodifikácie v socialistickej spoločnosti. Prvú časť nazval *Historická realizácia kodifikačnej myšlienky* (s. 19—228). Druhú, teoretickú časť knihy nazval *Otázka typu kodifikácií a vývoja kodifikácií* (s. 231—328). Venoval ju teoretickým problémom: vymedzeniu všeobecného pojmu kodifikácia (kapitola IX), racionalizácii ako abstraktnému cieľu a hybnej sile kodifikačného vývoja (kapitola X) a vymedzeniu kodifikačných typov vo vývoji kodifikácií (kapitola XI). Kniha sa končí zhrnutím poznatkov o kodifikačnom jave v súčasnom vývoji [kapitola XII].

V úvode spomína, že zo 110 štátov, z ktorých sa podarilo získať informácie, má 73 štátov nejakú kodifikáciu ako právny prameň. Spolu sa dala zistiť existencia 421 platných kódexov. To znamená, že asi 67 % štátov disponuje kodifikačnou právnu formou a priemerne v každom štáte platí okolo 6 kódexov. Pritom treba ešte spomenúť, že 114 kódexov, teda 34 % platných kódexov má za svoj prameň klasickú kodifikáciu minulého storočia alebo jej recepciu (s. 14).

Kodifikácia je viac než len tradičné pruské a rakúske kódexy právnych odvetví feudálneho absolutizmu a kódex francúzskej buržoáznej revolúcie. Autorským zámerom je sledovať v spoločenskom vývoji tendencie, problémy a funkcie, ktoré sú vo svojej konkrétnosti jedinečným a zvláštnym uskutočnením všeobecného pojmu kodifikácie. Pre tieto účely treba skúmať antické, anglosaské a náboženské podložené kodifikácie, kvázikodifikácie a kodifikačné náhrady, ako aj kódexy africko-azijských kmeňových spoločností. To všetko má slúžiť na to, aby sa ukázala histo-

rická cesta, ktorá cez vytvorenie klasického typu kodifikácie viedla až k formovaniu samostatného typu socialistickej kodifikácie (s. 16).

Autor prešľudoval nesmierne množstvo domácej a zahraničnej literatúry a prameňov a v závere knihy pre lepšiu orientáciu čitateľa pripojil tri registre: osobný na stranách 329—334, právnych prameňov (členený podľa jednotlivých štátov) na stranách 335—345 a vecný na stranách 347—352. Okrem toho sú všetky závažné názory autora dokumentované poznámkami pod čiarou, takže dielo nesie všetky známky toho, že ho napísal skúsený historik a teoretik štátu a práva.

Pravda, pri takomto množstve údajov môžu autorovi vkĺznúť aj menšie faktografické chyby; chceme tu stručne poukázať len na tie, ktoré sa týkajú Československa. Na strane 215 pred poznámkou 67 pri opise charakteru povojnových socialistickej kodifikácií autor vôbec nespomína právnickú dvojročnicu v Československu z rokov 1949—1950, ktorá znamenala kompletnú kodifikáciu odvetví občianskeho, rodinného aj trestného práva. V poznámke 66 sa nesprávne zmieňuje o tom, že Československo vraj podobne ako Juhoslávia, Albánsko a Maďarsko malo mať roku 1950 akúsi „zálohovanú“ čiastkovú kodifikáciu všeobecnej časti trestného zákona, čo nezodpovedá pravde, pretože trestný zákon č. 88/1950 Zb. bol obsahovo uzavretý a mal všeobecnú a osobitnú časť.¹ Trestný zákon bol podstatne novelizovaný roku 1956 (zákon č. 63/1956 Zb.) a úplná rekodifikácia trestného zákona sa uskutočnila zákonom č. 140/1961 Zb. Úplná rekodifikácia celého trestného procesu sa stala skutkom prvýkrát už v roku 1956 (zákon č. 64/1956 Zb.) a druhý raz zákonom č. 141/1961 Zb.

Nepresné je aj tvrdenie autora na strane 215, pred poznámkou 70, že štáty, ktoré — ako Československo — si úspešne a pomerne rýchlo utvorili socialistickej kodifikáciu občianskeho práva, nezdedili kodifikácie vo forme buržoáznej tradície. V západnej a väčšej časti Československa platil totiž do roku 1950 rakúsky Všeobec-

¹ BIANCHI, L. — ČIČ, M.: Vývoj štátu a práva v období budovania základov socializmu. In: Slovensko v období budovania základov socializmu. Zborník ÚML ÚV KSS, 18, Bratislava 1978, č. 3, s. 239, 241 a 243; BIANCHI, L.: Szocialista kodifikációk Csehszlovákiában. Csizmadia Andor emlékkönyve 70-ik évfordulója alkalmából, Pécs 1980 (v tlači).

ný občiansky zákonník z roku 1811, ktorý sa tu natoľko udomácnil a českými právnikmi sa natoľko považoval za „vlastný“, že ho aspoň štrukturálne práve zásluhou českých právnikov prevzali aj za základ československej socialistickej občianskoprávnej kodifikácie.²

Ako ďalší účel československej socialistickej kodifikačnej činnosti bolo treba spomenúť ešte aj jej unifikačný charakter.³ Dovedajší dualizmus rakúskeho a uhorského práva, vyplývajúci z recepcie všetkého práva roku 1918, prestal byť v dôsledku socialistických kodifikácií z rokov 1949—1950 skutočnosťou. Moment unifikačie práva vyzdvihuje autor recenzovanej publikácie pri iných štátoch (s. 216 druhý odsek) ako podružnú motiváciu popri hlavných hybných silách kodifikácie práva. Zdôrazňuje tu, že socialistické kodifikácie plnili aj tie úlohy, ktoré mali dávnejšie vykonať buržoázne kodifikácie. Spomína odstránenie feudálnych prežitkov, politickú a územnú rozdrobenosť prejavujúcu sa v právnom partikularizme, ale nikde pritom nespomína Československo (pozn. 72 a 73).

Nesprávna je i pozn. 68, v ktorej sa Československo porovnáva s Maďarskom ako štát, v ktorom vybudovanie socialistického právneho poriadku malo trvať desať rokov, a pozn. 66, v ktorej sa znovu nesprávne hovorí o občianskom zákonníku z roku 1951 (správne 1950). Ako prvá právna úprava hospodárskych zmlúv sa tu spomína zákon č. 69/1958 Zb., i keď tento bol len novelizáciou zákona č. 99/1950 Zb. o hospodárskych zmluvách a štátnej arbitráži, zákona vydaného v rámci právnickej dvojročnice v rokoch 1949—1950.

Tieto naše pripomienky k historickej časti publikácie však nijako nemajú znížovať hodnotu recenzovaného diela, ktorého dosah je práve v teoretickej časti. Sú len spresnením pokiaľ ide o československý právny poriadok.

Teraz obrátime pozornosť na celkový obsah recenzovanej knihy.

V druhej, historickej časti autor začína s predkodifikačnými formami, s kódexmi vo vývoji práva staroveku (II. kapitola). Ako prvú formu spomína obyčajové právo, ktoré po zachytení v písomnej forme nadobudlo vonkajšiu stabilitu aj trvalosť. Právo sa v písomnej forme objek-

tivizovalo, vytrhlo sa z organizmu každodennej praxe spoločenského života. Písomná forma bola prvým krokom k demokratizácii, lebo umožnila znalosť práva pre každého. Prvé známky písomného zachytenia práva pochádzajú z Mezopotámie, zo začiatku 3. tisícročia pred našim letopočtom. Vo východných štátoch staroveku postupne rástol rozsah písomne podchyteného obyčajového práva, a tým narástli aj jeho obsahové modifikácie. Kodifikácie sa stali nástrojom, pomocou ktorého bolo možné právo formovať, jednotne uplatniť a územne rozšíriť jeho platnosť. A čo je hlavné: i keď kodifikácia zhrnovala platné obyčajové právo, dôvodom jeho platnosti sa stala vôľa panovníka, ústrednej moci, i keď on sám sa dovoľoval božieho poslania (Urukagina r. 2400 a Chamurabbi r. 1720 pred n. l.). Autor potom sleduje historický vývoj predkodifikačných foriem počas dvoch tisícročí aj po zániku Rímskej ríše a zastavuje sa pri východorímskej Justinianovej kodifikácii. Konštatuje (na s. 32), že Justinian kodifikoval v období spoločenského úpadku. Predsa však jeho dielo je najimpozantnejším dielom v histórii kodifikácií. Jeho dielo sa stalo korunou vývoja rímskeho práva. V záveroch na str. 37 a 38 ešte autor zdôrazňuje, že staroveké kodifikácie plnili aj úlohu právnej istoty a právnej jednoty. Pravda, kodifikačné formy staroveku neplnili úlohu kodifikácie v užšom zmysle slova. Ich vplyv na systém práva bol malý a nemali za cieľ usporiadať štruktúru kazuistiky, hovorí autor na str. 37.

Právny vývoj za stredoveku (III. kapitola) vo svojom základe nebol priaznivo naklonený snahám o zachytenie a zjednotenie práva. Vývoj za feudalizmu išiel v zásade proti kodifikáciám. Zjavné kodifikačné tendencie sa objavujú až v období osvietenského absolutizmu (IV. kapitola, s. 62—80). Tu vyniká úsilie o jednotné právo, o jeho rozšírenie na dobyté územia a o vytvorenie racionálneho systému predpisov. Ale vyjadrenie týchto snáh sa celkom ináč prejavilo v Prusku, kde sa Allgemeines Landrecht vyznačoval kazuistickým vyjadrovaním a stal sa brzdom celého spoločenského vývoja tým, že chcel všetko upraviť a prebudovať. V Rakúsku došlo tereziánskymi kodifikáciami osvietenského absolutizmu k vytvoreniu právnych odvetví. Všeobecný občiansky zá-

² Tu chceme upozorniť na ďalšiu drobnú chybu v pozn. 70, že nešlo o český, ale o československý občiansky zákonník z roku 1950 (nie 1951).

³ BIANCHI, L. — ČIČ, M.: c. d., s. 228.

konník z r. 1811 po mnohých modifikáciách minulého a tohto storočia prežil aj buržoaznu revolúciu z r. 1848, aj prechod do monopolistického kapitalizmu a platí v Rakúsku dodnes (u nás platil do r. 1950). V Rusku došlo za osvietenského absolutizmu len k úprave a publikácii práva vo *Svode zákonov*, ktorý sa považoval za náhradu kodifikácie (s. 75—77). V Rusku neboli podmienky, ktoré by boli privodili buržoazne premeny a základné obsahové právne reformy. Všetky kodifikácie osvietenského absolutizmu sa vyznačovali svojou prechodnosťou, ktorá ich obsah viazala k feudálnej minulosti, ale štruktúralným riešením už ukazovali cestu do budúcnosti.

Klasickým obdobím kodifikácií boli európske kontinentálne kódexy, ktoré stáli v službách buržoazných premien (Kap. V, s. 81—134). Túžba po jednote práva splodila vo Francúzsku aj rovnoprávnosť ako produkt spoločenskej revolúcie (s. 133). *Code civil* nasledoval dôsledne revolučnú cestu buržoazných premien. Nemecký občiansky zákonník v r. 1896 uchoval ešte mnohé feudálne prežitky, ale súčasne zabezpečil hospodárske záujmy kapitalizmu voľnej súťaže. Pomocou generálnych klauzál však priotvoril dvere aj prenikajúcim monopolizačným tendenciám. Švajčiarsky *Zivilgesetzbuch* z r. 1907 stál už na pozíciách monopolistickej hospodárskej základne. Pravda, všetky kodifikácie pri svojom uplatnení v praxi podliehali korektúram zo strany súdnej praxe, a tým sa rozkladala zákonnosť, aj sama funkcia kodifikácií (s. 134).

Najviac zápasili s myšlienkou kodifikácie v anglosaských právnych systémoch (VI. kapitola). V Anglicku totiž od začiatkov štátnej organizácie zabezpečovali právnú jednotu centrálné organizované kráľovské sudy. A tento systém súdnictva prešiel až do súčasnosti. Aj tak však došlo v anglosaskej právnej oblasti k početným modifikáciám, najmä v kolóniách ovládaných centrálnou mocou. Ale aj v samom Anglicku, v Austrálii a v USA sa uskutočnili niektoré úpravy zákonov, zjednotenia zákonných predpisov a kodifikácie doktrínálnych názorov, ktoré sa uplynutím času stali náhradami kodifikácií (s. 189) a neutralizovali volania po skutočnej kodifikácii.

V ďalšej kapitole (VII) sa autor zaoberá úsiliami o kodifikáciu v africko-azijských právnych systémoch a poukazuje na to, akým skokom tu nastáva prechod z predfeudálnych pomerov priamo do rozporuplného kapitalistického práva, ktoré

reprezentuje utvárajúcu sa národnú jednotu (s. 177). Dochádza tu často aj k recipovaniu európskych kodifikácií.

Vyvyrcholením druhej historickej časti je VIII. kapitola: *Nová kvalita v dejinách kodifikácie — kodifikácia v socialistickom systéme* (s. 193—228). Socialistická kodifikácia nebola nastolená socialistickou revolúciou, ale jej konsolidáciou, v ZSSR prechodom na novú ekonomickú politiku (NEP). Pri volaní po socialistickej zákonosti poslúžila v normotvorbe kodifikácia a na poli právnej praxe pritom zohralo úlohu vybudovanie jednotného prokurátorského dozoru (s. 227). Cárské kodifikácie (*Svod zakonov*) nezohrali pri sovietskych kodifikáciách osobitnú úlohu. Zato ale v ľudových demokraciách práve ich historické danosti v oblasti kodifikácií umožnili postupnú kodifikáciu celého právneho poriadku. V ľudových demokraciách nenastalo v dôsledku postupnosti socialistických premien také právne vákuum, ktoré by si bolo žiadalo okamžité vyplnenie. Urýchlenie kodifikačných prác však privodila okolnosť, že socialistické kodifikácie museli splniť aj zameškané úlohy buržoazných kodifikácií, napr. národnú právnu unifikaáciu, odstránenie feudálnych prežitkov a pod. Špeciálna črta socialistických kodifikácií, ktorá z nich tvorí osobitný typ, spočíva v ich vývojaschopnosti: neuzatvárajú sa pred rekodifikáciou a neusilujú sa o svoju večnú nemeniteľnosť ako buržoazné kodifikácie. Socialistické kodifikácie hľadajú do budúcnosti, i keď zachycujú jestvujúci stav a v prípade potreby sú otvorené pre potrebné zmeny aj pre úplne nové rekodifikácie (s. 228).

V druhej časti knižky autor vyvodzuje z historického materiálu teoretické závery. Na strane 243 konštatuje, že pri každom kodifikačnom probléme možno vypočítavať celú reťaz vplyvov a rozhodujúcich momentov. Okolo kodifikácií pôsobí mechanizmus vzájomného ovplyvňovania, v ktorom každý prvok hrá osobitnú úlohu. Ale na konci determinujúceho radu príčin ako hlavná hybná sila pôsobí ako rozhodujúce činitele základné hospodárske a spoločensko-politické podmienky. Ony vytvárajú objektívnu potrebu, ktorá sa vo vývoji práva dostáva do vedomia ako kodifikačná požiadavka. Pravda, kodifikácia je zložitým spoločensko-právnym javom, ktorý závisí od prítomnosti, ale vo svojom predmete čerpa predsa len z minulosti. V hľadaní príčin kodifikácie treba sledovať mimoprávne okolnosti, ale pri formovaní kodifikácií sa uplatňujú právne činitele (s. 243).

Z hľadiska teoretického pojmu kodifikácie možno vyzdvihnúť ako všeobecné alternatívy dané úlohy kodifikačného procesu: radikálnu obnovu právneho obsahu, písomné zhrnutie práva so zámerom stabilizovať ho, formálnu platnosť kodifikácie a usporiadanie tiež rôzneho stupňa všeobecnosti do logicky ideálneho systému (s. 257). Racionalita kodifikácie má podľa autora z teoretického hľadiska za následok určitú vypočítateľnosť právnych následkov (s. 262). To je dôležité najmä v epoche kapitalizmu voľnej súťaže pri podnikateľskej činnosti.

Autor rozoznáva kodifikácie, ktoré: a) vystriedajú obyčajové alebo sudcovské právo, b) skonsolidujú alebo inkorporujú jestvujúci právny materiál, c) uskutočnia na danom území unifikáciu práva, d) vyplývajú z podmienok politického osamostatnenia, e) vykonávajú modernizáciu práva, f) majú svoje korene v ideologických alebo politických tendenciách, g) zhrňajú nahromadené zmeny práva, h) pramenia z potrieb medzinárodnej integrácie, i) vyjadrujú vplyv jednej krajiny na druhú vo forme recepcie práva a konečne za j) ktoré stelesňujú revolučné zmeny práva (s. 298).

Autor v závere knižky (s. 237—328) zhrňa svoje teoretické poznatky týkajúce sa pojmu kodifikácie do týchto siedmich bodov:

1. Hospodársko-spoločenský vývoj vo svojom konečnom dôsledku vyprodukuje kodifikáciu, ale bezprostredne a výlučne sa s ňou nespája nijaká dosiahnutá hladina hospodársko-spoločenského vývoja.

2. Ideál všeobecného alebo úplného kódexu, ktorý obsiahne právo v celom jeho rozsahu, ako jediná možnosť objektivizácie, je utópia. Právo, ktoré odzrkadľuje dynamiku spoločenských procesov a zároveň tieto spoločenské procesy riadi, nemožno vybudovať v jednoduchom rade, krištáľovo čisté, s axiomatickou organizovanosťou a nevyhnutnosťou.

3. Predsa však sme povinní mechanizmus práva vytvárať racionálne. A vzhľadom na to, že ide o svojráznu spoločenskú objektivizáciu, je žiaduce, aby sa táto racionálna výstavba uskutočnila vo svojráznej forme, v samej právnej objektivizácii.

4. Pri potrebe zhrnutia súvislých celkov možno s úspechom použiť kodifikáciu, najmä pri právnych odvetviach alebo ich častiach. To všetko nebude výlučným obrazom a jedinou formou existencie prá-

va a právnej objektivizácie, ale len kôstrou, možnosťou prejavu.

5. Kodifikovať možno len také okruhy problémov práva, ktoré sú na to špecificky spôsobilé. Nemožno kodifikovať právo vo svojom celku. Ak sa v právnom poriadku už vykonala kodifikácia niektorej právnej úpravy, samo osebe to nevylučuje možnosť použitia kvázikodifikačných alebo iných racionalizačných foriem v oblasti inej právnej úpravy.

6. Každý kodifikačný proces má a môže mať svoj význam len vnútri prílatej dynamiky práva. Cieľom kvalitatívnej kodifikácie je spresnenie štruktúry práva. Nejde o to, aby sa právo stalo strnulým. Kodifikácia má súhrn právnych princípov, predpisov a inštitúcií pozdvihnúť na úroveň systému.

7. Podľa tendencie vývoja a dnešného stavu nemožno konštatovať vyhranený rozpor a boj medzi kodifikovaným a sudcovským právom. Tvorba kódexov nie je už jediným nástrojom formálnej racionalizácie práva. V nijakom prípade nie je všetkým. Kodifikované a sudcovské právo sa navzájom dopĺňajú. A práve v tom majú socialisticke kodifikácie prednosť pred klasickými kódexmi buržoázneho obdobia, že si nastavujú požiadavku doktrínálnej čistoty a neuzatvárajú sa pred svojou modifikáciou.

Teda podľa autora kodifikácia vo svojom bezprostrednom účinkovaní nie je nič iné než forma, je nástrojom organizácie a objektivizácie daných obsahov. Ich tvárnosť je preto s konkrétnou nevyhnutnosťou vždy vymedzená. Ich typy, nástroje preto závisia od nevyhnutnosti plnenia funkcií a v konečnom stupni od determinujúceho spoločenského pohybu.

Toľko k obsahu diela. Autor sa veľmi umne vyrovnal so všetkými problémami, ktoré pojem kodifikácie predkladá v histórii a v teórii štátu a práva. Cenné sú najmä jeho závery pre normotvorbu. Škoda len, že spôsob vyjadrovania autora je zložitý (často používa dlhé aj vložené vety).

Z obsahovej stránky a štruktúry stavania problematiky nám recenzované dielo pripomína prácu JUDr. Petra Blahu *Držba v predsocialistickom a socialistickom práve*. Obaja totiž vedeli komparatisticky z historického materiálu antiky, feudalizmu a kapitalizmu vybrať to, čo sa žiada pre socialistickú prítomnosť. A to si v ich dielach cením predovšetkým.

Doc. L. Bianchi, DrSc.

КОДЕКС КАК СИСТЕМА: СИСТЕМНОСТЬ КОДЕКСА И НЕВОЗМОЖНОСТЬ ЕГО АКСИОМАТИЧЕСКОГО ПОНИМАНИЯ

Чаба Варга

Резюме

В кругу различных типов человеческих объективаций диалектика содержания и формы может проявляться по-разному. По стандартизации — вследствие требования формализованного выражения и фиксации — правовая объективация относится к объективациям, у которых специфическая формальная организация содержания является подчеркнуто существенной; *надлежащая* форма является необходимым условием проявления в качестве *специфически* правовой объективации. Понятие кодекса примыкает к понятию правовой формы, так исследование кодификации предполагает исследование правовой формы, имеющей подчеркнутую существенность. В кругу правовых форм отличительным признаком кодексов является специальная структурность, системность кодексов. Системный подход к кодексам, выяснение их специальной структурности, таким образом, представляет собой актуальную научную задачу. Это, между прочим, идет и на то, чтобы отличать кодексы от других правовых форм — и на основе их системных компонентов. Одной из крайних пунктов системного подхода является аксиоматический подход. Известно, что в кругу мыслей картезианства, особенно в творчестве Лейбница, но и в наши дни в формалистических направлениях логического подхода к праву, аксиоматизм выступает идеалом систематизации права. Но анализ возможности правовой аксиоматики дает вывод, что аксиоматическая систематизация неосуществима. Если бы все положения систематизируемого положительного права приняты за аксиомы, это привело бы к ложному решению, а если бы из аксиом намечались бы построить эту систему, тогда сейчас выяснилась бы невозможность этого, прежде всего вследствие первоначально *недедуктивного* характера взаимных связей правовых норм. Аксиоматизация права, таким образом, квалифицируется *принципиально* невозможным; однако аксиоматическая модель может располагать эвристической ценностью и так может подсказывать полезные решения, аналогии, структурные возможности относительно системных аспектов правовых систем.

Чаба Варга: *Право и системный подход к праву*

В развитии права его формальная рационализация началась как объективация поведенческих форм. В охватывающий целое право принцип, превратилась формальная рационализация в ходе буржуазного развития в связи с возникновением общественно-экономической потребности калькулируемости права. Право, организованное как система правил, возникло как преодоление всеобщего математизма и аксиоматического направления естественного права; системности — которые скрываются в этой форме лучше всего соответствовала бюрократическим нуждам феудальных абсолютизма и буржуазной потребности наглядности и предвидимости права.

Понимание права как дедуктивной аксиоматической системы является адекватным выражением той исторической парадигмы,

которая в своей фиктивности, в своём существовании лишь как потребность, принадлежала к тому же конкретному общественному бытию, которым было порождено и самое это понимание как таковое. В процессе превращения капитализма свободной конкуренции в монополистический капитализм это понимание распалось, давая место таковому пониманию, которое лучше соответствует изменившемуся конкретному общественному бытию.

Но право всегда практическая система; собственная сущность и детерминанты её существования — которые скрываются в этом понимании, которое лучше соответствует системному существованию — не могут быть раскрыты с помощью никакой формальной реконструкции. Именно поэтому систему права нельзя считать какой-то статической, замкнутой, исключительно дедуктивной, аксиоматической, или же аксиоматизируемой системой.

Право и системный подход к нему

Ч. ВАРГА

Известная степень *формальной рациональности* является неперенным условием всякого сознательного, проектированного, желанного и проверенного общественного влияния. В развитии права формальная рационализация началась пониманием инструментального по сравнению с достижимой целью поведения самостоятельной целью, т. е. объективизацией права в виде структуры норм. В буржуазном развитии формальная рациональность развилась в принцип, пронизывающий весь комплекс правового явления, параллельно с зарождением такого общественно-экономического требования, чтобы право стало калькулированным. Как разветвление *матезиса универсалис* в области рационалистической философии и аксиоматизма в сфере естественно-правовой доктрины право было перестроено в превращенную в систему совокупность правил. Это представляло ту форму, которая наиболее соответствовала как бюрократическим потребностям феодального абсолютизма, так и буржуазным требованиям относительно безопасности и предвидимости права.

Понимание права дедуктивно-аксиоматической системой представляет собой адекватное выражение такой исторической партикулярности, это же в своей фиктивности и в своем существовании в виде идеала было только компонентом выводящего его Ebensoein. Превращением капитализма свободной конкуренции в монополистический капитализм само понятие 'рациональность' преобразилось, чтобы уступать место какому-то новому, соответствующему изменившемуся Ebensoein.

Хотя внутренняя сложность современного общества вообще и планомерная организация социалистического общества особенно предполагают широкое использование рационализированных структур и таким образом *аксиоматично-дедуктивный взгляд* неизменно *продолжает существовать* как более или менее распространенный идеал, все-таки надо констатировать, что право всегда и при всех условиях является *практической системой*, и никакая формальная реконструкция не может обнаруживать его своеобразную структуру, детерминанты и процессы. Поэтому системе права нельзя считать — за исключением случая компьютеризации — статической, замкнутой, только дедуктивно аксиоматической или аксиоматизируемой системой.

ОБ ОБЩЕСТВЕННОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ ПРАВОВОЙ АРГУМЕНТАЦИИ

Ч. Варга

Общественная определенность права, рассматриваемого в его применении, проявляется на двух уровнях. *Косвенно* это право определяется *историческим общественным* характером правовой нормы, применением и формально закрепленной, а *непосредственным образом* его определяет конкретная ситуация применения данной правовой нормы, её *актуальный общественный* характер. Возможность его непосредственной определенности, которая не может быть исключена посредством правотворчества, в *принципе* обеспечивается ограниченностью роли формальной логики в правовой аргументации. Ибо в процессе сложения *премисс* решения в силу необходимости появляется проблема оценки и определения значения этого, а также то обстоятельство, что *дедуктивность* дает лишь общие рамки, ибо информация, полученная о важных обстоятельствах случая и о содержании данной правовой нормы, сама по себе не определяет односмысленным образом *сигнификацию*, содержащуюся в решении. Между стандартизованными *input* и *output* не имеет место отношение формально-логической необходимости и таким образом в процессе аргументации формальная логика может выступать лишь в качестве фактора *контроля*. Таким образом, поскольку *практически* непосредственный общественный характер может действовать *одинаково* в направлении укрепления или превращения косвенного общественного характера, общественный контекст правовой аргументации, конкретная ситуация применения права выполняет функцию *определяющего фактора* не только в отношении элементов процесса аргументации, не контролируемых формальной логикой, но и в отношении актуальной возможности и результативности логического контроля.

VARGA, Csaba: O DRUŠTVENOJ ODREĐENOSTI PRAVNOG RASUĐIVANJA (Sur la détermination sociale du raisonnement juridique); Allam — és jogtudomány, 1971; 2: 249—285.

Društveno određen karakter prava posmatran u njegovoj primeni manifestuje se na dva plana. Pravo je određeno na indirektan način društveno-istorijskom prirodom pravne norme koja je formalno ustanovljena za primenu, dok je na drugi, direktan način određeno konkretnom normom u pitanju, posebno sadašnjem društvenom prirodom. Mogućnost direktne određenosti koja se ne može isključiti određenosti značenja, kao i činjenica da deduktivnost stvara samo opšti okvir, zato što dobijene informacije koje se tiču suštinskih činjenica slučaja i sadržine norme ne definišu bez sumnje same po sebi sadržanu specifikaciju u odluci. Između input i output koji su standardni u pravnom rasuđivanju ne postoji nužna veza formalne logike, tako da u procesu rasuđivanja ta logika može samo da igra ulogu faktora kontrole. Dakle, u tim uslovima, budući da društveni karakter direktno određen može praktično da deluje odjednom u pravcu pojačanja i prekoračivanja društvenog karaktera koji je indirektno određen, društveni kontekst pravnog rasuđivanja i konkretna situacija primene prava vrše funkciju određenosti ne samo u pogledu kompetencata procesa nekontrolisanog rasuđivanja od strane formalne logike, već takođe i u pogledu mogućnosti i sadašnjeg uticaja same logičke kontrole.

СУДЕЙСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ЕЕ ЛОГИКА: ПРОТИВОРЕЧИЕ МЕЖДУ ИДЕЯМИ, ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬЮ И ПЕРСПЕКТИВАМИ

Чаба Варга

Трудности познания применения социалистического права начинаются с того факта, что при их типизации несоциалистические теории права концентрируют на юридической семье, а социалистические теории права — на категории типа права, и они равным образом игнорируют те нити юридической техники, профессии и культуры, которые связывают европейские социалистические системы права с континентальным правом. В структуре правовой системы социализм в ее классической чистоте прошлого века наследовал идею формальной действительности, а в функционировании этой системы — идею формальной законности. Однако вследствие сложности урегулированных правом отношений требование формального конформизма норм ныне уже недостаточно, даже порой оно прямо имеет дисфункциональное влияние. По мнению автора причиной этого является историческая — хотя и только частичная — устарелость организационно-управленческой техники современной государственности, воспринятой также Марксом и Энгельсом, но описанной прежде всего М. Вебером, и соответствующего ей современного формального права. На основе осознания этого автор ищет возможности выхода, дальнейшего развития.

ОСНОВНЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ ПРАВОТВОРЧЕСТВА

Чаба Варга

Резюме

Принципиальным суммированием предвзятых исследований в статье рассматриваются общие теоретические вопросы правотворчества. В основе статьи лежат сравнительно-исторические статьи автора, частичные результаты которых уже опубликованы в другом месте, с другой же стороны стремление автора, которое направляется на теоретико-правовое толкование посмертного труда Дьердя Лукача „Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins“. Соответственно этому в центре рассуждений автора стоит правовая объективация, как ключевое понятие.

В начале статьи рассматривается историческое развитие правотворчества и исполнение им роли, в частности изучены такие вопросы, как: историческое значение становления правотворчества, как объективизация права; параллельность стихийного и проверенного развития права в древности и средних веках; стремление к исключительности писаного права в развитии новых веков и, наконец, претензии на исключительность правотворческого права в социалистическом развитии. Во второй части статьи изучаются теоретические основы правотворчества, в особенности: сущность правовой объективации и ее общественное значение в правовой объективации; проблема уровня правового регулирования; связанность правовой объективации как языковой объективации и ее последствия. После этого анализу подвергается кодификация, как наиболее развитая форма писаного правотворчества, в частности прекапиталистические предформы кодификации; возникновение классического типа кодификации в буржуазном развитии; социалистическая кодификация как тип рекодификации и, в заключение, системность кодификации, диалектическая начальная и заключительная роль кодификации в развитии права и ее проблемы.

ОСНОВЫ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО ТОЛКОВАНИЯ ПРИМЕНЕНИЯ ПРАВА

Чаба Варга

(Резюме)

Целостная проблематика применения права в данной статье рассматривается на почве такого понимания права, которое основывается на посмертной „Онтологии“ Д. Лукача и которое рассматривает право как единство и постепенно разрешающееся и оживляющееся противоречение исторического, собственно юридического определения (переданного правотворчеством) и актуального, непосредственно общественного определения (осуществляющегося в ходе применения права). Ввиду этого применение права для автора представляет собой общественно-исторический процесс, который развивался с развязки конфликта до разрешения конфликта, вернее до индуктивного и дедуктивного толкования этого. Таким образом понимание права увязывается с квалификацией фактов, как конкретизация права на факты казуса. Особенно детально анализируются некоторые особые случаи творческой роли применения права, в частности — пробелы права и их устранение; применение правовых положений с общим и оценочным содержанием; проблематика дискреции и справедливости.

УЧЕНИЕ КЕЛЬЗЕНА О ПРИМЕНЕНИИ ПРАВА

Ч. Варга

Последовательной серией закрытия теоретических путей и открытия новых путей является развитие, отражающее в подходах трудов Кельзена „Главные проблемы учения о государственном праве” (1911), „Общее учение о государстве” (1925), „Чистое учение о праве” (1934, 1960) и „Общее учение о государстве и праве” (1946). Одновременно в них отражается концепсиональное возобновление, которое распространяется от тезиса несамостоятельности применения права до осознания созидательной роли применения права. Это совпадает с развитием, идущим от утверждения механического логического вывода, сделанного из правовых норм до его полного отрицания, точнее говоря до его развязки в нормативной практике. В результате нормативное вменение (*Zurechnung*) также превращается в придаток сложной формальной процедуры, которые в принципе являются произвольным и подвергается только влиянию контроля общественной практики, имеющего характер обратной связи. Из этого вытекают такие проблемы, как вопрос теории ступенчатости, конститутивности применения права, вопросительные знаки в теории, доктрина толкования, процедурный подход к праву, выход за границы чистого учения о праве и *„Quis custodiet ipsos custodes”* (Кто сторожит самих стражей?)

ИМПУТАТИВНЫЙ ХАРАКТЕР УСТАНОВЛЕНИЙ СУДЕЙ ФАКТОР

Чаба Варга

В соответствии с работами, на которые сделана ссылка в первых и последних сносках, и в которых автор попытался дать общепринципиальное и философско-гносеологическое обоснование и зридино-системное изложение на основе оценки роли специфически правовых компонентов, а также юридино-философское понимание всего этого в широком теоретическом аспекте, в настоящей статье автор выдвигает аргументы за свой основной тезис, за нормативно-практическую определенность судебной процедуры, в частности установления фактов, за его гомогенность, отличающуюся от научного познания. Аргументация автора основана на единстве языкового анализа и социалонтологического объяснения.

Аргументы автора группируются вокруг следующих соображений: 1. различие между решением проблем и его доказание; 2. разнородность познания и оценки; 3. выделительная роль релевантности; 4. факт и случай: смысловое преобразование; 5. практическая зависимость квалификации; 6. отсутствие описательного характера в нормативной сфере (вопросы понятия и типа, субсумции и субординации); 7. единство факта и ценности; 8. неразделимость факта и ценности при постановке правовых вопросов (проблемы „фактического” и „правового” вопросов: вопросы „ординарных слов”; 9. взаимная проекция фактической и нормативной сторон; 10. ограниченность знаний и неопределенность языка; 11. непознавательная диалектика нормативной квалификации; 12. неописательный характер результата.

ИМПУТАТИВНЫЙ ХАРАКТЕР УСТАНОВЛЕНИЯ СУДЕЙ ФАКТОВ

Чаба Варга

По сравнению с гетерогенностью форм деятельности повседневной жизни право представляет собой гомогенизированную деятельность. Однако его гомогенность является гомогенностью практического воздействия (опосредствования — *médiation* —, регулируемого нормативными объективациями), таким образом это по своим существенным детерминациям отличается от гомогенности, характерной для теоретического познания. Сколько бы самоутверждение и идеология современного формального права ни внушали аналогию с познанием, на такой основе процесс установления судьей фактов является недоступным пониманию и не воспроизводимым.

Предметом изучения данной темы являются следующие вопросы: I. Предварительные гипотезы; II. Подход к факту: 1. Понимание факта; 2. Познание факта; 3. Факт сырой и институционный (изложение в качестве процесса; ступенчатость; связанность с объективацией или генеральность самого себя; неопределенность; относительность; историчность и методическая дилемма познания); III. Процессуальная сфера установления судьей фактов: 1. Конститутивность установления фактов; 2. Доказание и процедурность (вопрос "несомненности"); 3. роль юридической силы.

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРАВА В СОЦИАЛИСТИЧЕСКОЙ ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЕ 1960-Х ГОДОВ

Чаба Варга

(Резюме)

Общезвестно, что в 1970-е годы в теории социалистического права — прежде всего в Венгрии — произошел радикальный переворот, который вышел за рамки простого отождествления права с правилом поведения и, в этом, расширил традиционное понятие права. Для этого возможность была обеспечена, отчасти, такой попыткой, которая — в интересах обоснования теории права с точки зрения социальной теории — сформулировала право таким общественным отношением, которое является выражением других общественных отношений (И. Сабо: Основы теории права). Отчасти же возможность была обеспечена посмертным трудом Дьердя Лукача „Онтология“, в свете которого несразрывной частью правового комплекса является положительная правовая объективация и ее действие бытийного типа, т. е. — практическое манипулирование правовой объективацией в своем необратимо продвигающемся вперед процессе. В то же время данные попытки прорыва все-таки остались изолированными, причиной которого является, по всей вероятности, дальнейшее существование традиционной мысли, которое в 1960-е годы единообразно определило облик социалистической политико-правовой мысли. Автор настоящей статьи пытается учесть те общие черты и подвергаемые обобщению выводы, которые в то время, но по большей части и с тех пор оказали определяющее влияние на социалистическое понимание права.

Чаба Варга: *Макросоциологические правовые теории:
от «представления о мире юриста» к социальной теории права*

Макросоциологические правовые теории представляют в познаниях по праву последнего столетия все возрастающую долю как по количеству, так и по весу. Они стимулированы не обязательно из юридических соображений; возникли не обязательно из обобщений микросоциологических анализов; их нельзя в обязательном порядке ограничить на социологию права как на специальную социологию — эти исследования становятся макросоциологией прежде всего в силу способа подхода, полученных результатов. I. «ВНЕШНЕЕ» И «ВНУТРЕННЕЕ» В ПРАВЕ Поиски «отлично правового» приводит к результату, что право нельзя свести ни к какой-либо объективации (*ловушка вещественности*), ни к результату его функционирования (*ловушка состояние-образности*). Ни право, ни какой-то из его компонентов нельзя вырвать из общественных взаимосвязей в качестве чего-то специфически отличающегося (*ловушка обособленности*). Право — необратимо прогрессирующий процесс, который в силу того, что определенные взаимосвязи и факторы играют выдающуюся роль, и вследствие этого в функционировании обладает перевесом в силу специфичности, отделяется от не-правового. По причине общественных взаимосвязей и право как наука не может быть сведено к параллельному описанию формализованных ожиданий и практических осуществлений (*ловушка факто-образности*): право следует разворачивать как дифференцированное единство носителей-двигателей своеобразно однородных стимулов, учитывая всю историю, ценности общества. II. РЕЗУЛЬТАТЫ МАКРОСОЦИОЛОГИЧЕСКИХ ПРАВОВЫХ ТЕОРИЙ «Представление юриста о мире» не просто ложное сознание, но профессиональная идеология слоя специалистов, юристов функционирующих на почве данного правового устройства. Это устройство является продуктом порожденного современной бюрократией современной государственности и современного формального права. «Представление юриста о мире» проецирует их систему требований как универсальные требования — поэтому их преодоление означает одновременно и критику идеологии. III. РОЛЬ МАКРОСОЦИОЛОГИЧЕСКИХ ПРАВОВЫХ ТЕОРИЙ В ОБОСНОВАНИИ ПРАВОВОГО ОБРАЗА МЫШЛЕНИЯ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ТЕОРИИ ОБЩЕСТВА Норма и ценность в любом существенном определении — общественные категории: существуют лишь в общественно всегда конкретно предположенной, развернутой, разумной и истолкуемой форме. Это означает, что в конечном счете и само право, присутствующее в качестве формы сознания являющейся средой общественной деятельности, следует подвергнуть идеологической критике. Поместив оценку и объяснения данные правом о себе в общественные взаимосвязи следует дать ответ на вопрос, как они приобретают форму идеала и мерила, становятся организованно действующей общественной силой, действенным компонентом всего комплекса общества.

Чаба Варга:

«Внешнее» и «внутреннее»
в праве

Выяснение «специфически юридического» приводит к результату, что право не может быть сведено к объективации (*«ловушка вещности»*) ни к результатам ее действия (*«ловушка состояния»*). Ни право ни отдельные его элементы не могут быть выделены из взаимоотношений тотального об-

щественного процесса. (*«ловушка раздельного состояния»*). Право является невозвратно наступательным процессом, который отмежевывается от неюридического вследствие значительной роли некоторых взаимосвязей и факторов и перевеса некоторых особенностей функционирования. Из-за социальных взаимосвязей юридическая наука также не может быть сведена к параллельным описаниям формализованных ожиданий и практического осуществления (*«ловушка факта»*).

РЕЗЮМЕ

Чаба Варга: Драматизированное правопонимание истории и классового сознания у Лукача

Начиная с 1919 года в течение почти десятилетия воззрения Дьердя Лукача характеризовало своего рода мессианство: с одной стороны чрезмерное акцентирование роли сознательности пролетариата, с другой стороны, ожидание того, что диктатура пролетариата в революционной практике одним махом разрешит все противоречия. По отношению к праву это нашло свое выражение в решительной анти-институциональности, в ограничении права терминами насилие и сознательность, а также в отвергании современного формального права. Это воззрение достигает апогея в его статье *Власть вещей и сознательность пролетариата*. Здесь Лукач обсуждает различные процессы рационализации по следам Вебера, но неверно истолковывая в то же время Гегеля и Маркса оценивает компоненты институционального строя современного общества как носителей отчуждения. Он пополняет сложившуюся у него отрицательную утопию о капитализме положительной утопией не считающейся с собственным правовым устройством социализма. В связи с этим автор ищет решение и дискуссии Нафта, находящейся и в наше время на поверхности, суть которой он резюмирует в форме следующего вопроса: был ли образ мышления находящий свое выражение в Лукаче того периода уже фанатиком действительности, или скорее пресконцепционированной действительности?

Чаба Варга: Вопрос формальной рациональности в праве

Статья представляет собой развернутый вариант доклада, прочитанного на семинаре о юридической рациональности, организованном Центром Философии Права Парижского университета и который будет напечатан по-французски в „Archives de Philosophie du Droit” за 1977 год. Поставленная задача двойная. С одной стороны рассмотрение в праве появления, форм и функций формальной рациональности на основании прежних монографических анализов автора (относящихся к правовой кодификации, как общественно-историческому явлению) и этим организующие правовой нормы как логической системы, и, вообще, обоснование теории правовой объективации. С другой стороны, определение места права, уже правовой объективации, и еще уже формаль-

ной рациональности в онтологии общественного бытия, на основе посмертного произведения Лукача. Статья резко различает онтологический и эпистемологический подходы к праву. По ее мнению с онтологической точки зрения в праве имеется основополагающее противоречие: право должно осуществляться как внеположенная объективация, а в то же время его повседневная практика должна адаптироваться к всегдашним требованиям общественного *Gesellschaft*. Чтобы оно выполняло свою посредническую функцию. То есть его формальная рациональность представляет собой общественную необходимость, но она постоянно нарушается его повседневным практическим применением. Таковы два полюса противоречия, между которыми непрерывно колеблется реальное существование и практика права.

«ВЕЩЬ» И ОВЕЩЕСТВЛЕНИЕ В ПРАВЕ

Чаба Варга

(Резюме)

В праве понятие «вещь» только в своем генезисе может быть отождествлено с философским понятием вещи. Развитием технического аппарата права данное понятие все более удаляется от своего непосредственного физико-чувственного значения, потом — по аналогии с этим — от своего отвлеченного значения, чтобы наконец стать чисто техническим понятием. С гносеологической точки зрения в такой форме едва можно изучать его, ведь по своему содержанию оно является только фикцией. Однако с онтологической точки зрения точно можно определить общественные отношения, непосредственно затронутые подчинением понятию «юридическая вещь». В конечном счете понятие «юридическая вещь» служит нечему иному, как разделению сфер, подвергнутых правовому регулированию, от неюридических.

В марксистской философии овеществление представляет собой не что иное, как опредмечиваемое действие превращенных в форму предмета сил, далее опредмечиваемый взгляд на это. Итак, право представляет собой априори овеществленную структуру. Но это является не его балластом, а именно его своеобразием, которое содействует его функционированию в качестве посреднического комплекса. Из этого следует, что в отношении т.н. юридического воззрения равно как и профессиональной идеологии специалистов по праву необходимо делать различие между онтологической оценкой их бытийной функции и гносеологическим взвешиванием содержащейся в них истины.

CSABA VARGA, A JOG HELYE LUKÁCS GYÖRGY VILÁGKÉPÉBEN. Budapest, Magvető Kiadó, strán 287

Nedávno zosnulý maďarský marxistický filozof György Lukács si získal v európskom meradle uznanie ako mysliteľ, ktorý svojimi výsledkami prispel k rozvoju filozofického myslenia v prvej polovici a v strede 20. stor. Záber jeho

tvorivých myšlienok pokrýval spoločenské a literárne vedy. Pritom sa v značnej miere zaoberal aj právom. No v tomto smere nepostupoval sústavne. Preto sa autor Varga dôkladným a kritickým rozborom Lukáčsových spisov pokúsil vypra-

cováť Lukáčsovu koncepciu práva. Ľahká úloha to nebola, lebo autor sa musel vyrovnávať s menlivými vývinovými fázami Lukáčsovo myslenia, ktoré nútila pozorovateľa hodnotiť Lukáčsovu koncepciu práva v zornom uhle historického pohybu v procese tvorby tejto jeho koncepcie. Ale napokon sa ukazuje, že Lukács k takejto koncepcii skutočne dospel, aj keď to nebola koncepcia špecializovaného právneho filozofa, ale koncepcia filozofa so spomínaným širším spoločenskovedne orientovaným myšlienkovým rozletom.

Autor hneď úvodom do tejto knihy upozornil, že dotyky Lukácsa s právom boli vlastne príležitostné a náhodné. Preto jeho celkový náhľad na právo dáva onen mozaikovitý obraz. Právo bolo preňho zložkou širších politicko-spoločenských javov a prostriedkom politiky. Hlavné životopisné črty Lukácsa ukazujú, že sa stretol už na samom začiatku životnej dráhy s právom, lebo absolvoval právne štúdiá a r. 1902 získal štátovedecký doktorát. Tiež je pozoruhodné, že medzi jeho priateľov čoskoro patrili vtedy už penzionovaný maďarský profesor Felix Somló a neskôr v Nemecku známy bádateľ Gustav Radbruch. Ale tieto význačné osobnosti právnej vedy v ňom nespôsobili záujem filozofického hľadiska na právo, lež skôr ešte vyburcovali jeho široký filozofický rozlet. Tento rozlet mu napomáhala okolnosť, že sa mohol dlhodobo a naplno venovať štúdiám v zahraničí, lebo pochádzal zo zámožnej židovskej rodiny. Sám otec ho povzbudzoval, aby čo najviac študoval a neľahádel na zárobok, lebo na to nebol odkázaný. Nastúpil teda životnú cestu filozofického hľadania, na ktorej potom príležitostne analyzoval aj právo. Zásadne sa mu javilo ako spoločenský prostriedok založený na násilí. Prítom chápal násilie ako čosi, čo možno odstrániť zasa len násilím a tak nahrádzať staré právo novým. No nepriznával právu charakter ustanovizne. Násilie postavené proti násiliu považoval za revolúciu. Osvojil si materialistickú koncepciu dejín a zdôrazňoval význam úlohy proletariátu v dejinách. Súčasne však zaujal mesianistické stanovisko a hľasal, že raz bude treba odrúcať právnické povolania, a to úplným laicizovaním právnej praxe.

Po druhej svetovej vojne sa Lukács vrátil z Moskvy do Maďarska. Stotožňoval sa so zásadami stalinkej osnovy ústavy a v 60. rokoch ako profesor estetiky a filozofie bol vedúcou ideologickou autoritou maďarskej komunistickej strany. V ďalších rokoch potom vyšli jeho najvý-

značnejšie filozofické diela. V nich sa okrem iného zaoberal aj vývinom socialistickej teórie práva a za jej hlavnú úlohu označil potrebu zdolať tzv. socialistický normativizmus. V zásade priznával aplikáciu práva prednosť pred tvorbou práva. Obidve tieto zložky chápal ako také, čo sa navzájom podmieniajú a súčasne spájajú. Nepodceňoval význam zákonnosti, ale poukazoval na jej veľkú zložitnosť. Kvalifikoval právo ako osobitnú sféru v rámci spoločenskej totality, ako kategóriu praxe, ktorá má poruke monopol zákonného fyzického násillia. Spoločenské bytie chápal ako komplex zložený z mnohých čiastkových komplexov. Medzi ne rátať aj právo a priznával mu funkciu sprostredkujúceho komplexu. Prítom kvalifikoval sprostredkovanie ako jav vzájomného pôsobenia spoločenských komplexov. V právne organizovanej spoločnosti pripisoval funkciu zábezpeky spoločenskej jednoty číremu násiliu. Prítom mu priznával právnu črtu, podľa ktorej je iba výrazom vnútornej protirečivosti aplikácie násillia. Norme písaného práva priznával spoločenskú existenciu len potiaľ, pokiaľ fakticky vplyva na prax. Ale pripúšťal, že aj ponad hranice aplikácie práva môže právna norma pôsobiť ako motív zachovávania práva. Pri analýze právnej nadstavby popieral, že by táto nadstavba bola výtvorom základne a že by medzi základňou a nadstavbou prítom bol dajaký hierarchický vzťah. Pre vývin práva razil tézu, podľa ktorej skutočností z minulosti, prechovávané v spoločenskej pamäti, vplyvajú na všetko ďalšie dianie. To potom umožňuje aj kontinuitu. Platnosť práva kvalifikoval ako osobitosť, pričom pri revolúcii sa popiera právo dovtedy platné a súčasne sa nárokuje platnosť pre revolúciu, resp. jej právo. Uplatnenie práva rozdeľoval na viaceré zložky. Prítom hľasal, že čím výraznejšie sa zospoločenštuje spoločenský život, tým výraznejšie sa utvára právna forma: právny komplex sa čoraz viac osamostatňuje a čoraz dôslednejšie utvára ako uplatnený systém. Čím vyvinutejšia je spoločnosť a čím viac v nej prevládajú spoločenské kategórie, tým väčšiu autonómiu má podľa Lukácsa oblasť práva pri vzájomnom pôsobení komplexov. Súčasne sa prihovárať za zachovávanie kontinuity, ale pri jej harmonickom spájaní s vnútornou obnovou práva. Celú problematiku práva riešil ako mimostojaci a vecný pozorovateľ.

Autor Varga v jednotlivostiach zaujal viaceré polemické stanoviská voči názo-

rom Lukácsa, na ktoré v tejto stručnej recenzii nemožno poukázať. No aj tie dosvedčujú, že hociako mozaikovitě boli Lukácsove náhľady na právo, predsa je pre ne príznačná podnetnosť. V oblasti socialistických štátnych zriadení pritom sú tieto náhľady aktuálne, lebo sa v nich odráža snaha o doriešenie problémov teórie štátu a práva, ktorými sa zaoberajú v tejto oblasti teoretici štátu a práva. V tom je význam spisu autora Vargu aj pre bádateľov v Československu. Formálne je štýl spisu pre čitateľa náročný a vyžaduje tomu primeranú sústredenosť.

Jozef Karpat

117

CASABA VARGA: *The Place of law in Lukács world concept*. Budapest 1985, Akadémiai Kiadó, s. 193

1. Na základné otázanie „čo to je právo“ odpovedá sľ v spôsob filozofický zalicujúac je do okresenej kategórie ontologickej. Je to vñec problém filozofický, nezáleží od tego, czy umieszcza się go w ramach rozważań teoretycznoprawnych czy też odrębnej filozofii prawa¹. Autor zajmuje się tym pytaniem w nawiązaniu do poglądów G. Lukácsa, przyjmuje więc *explicitie* postawę filozoficzną u patrując w poglądach węglerskiego filozofa, a w szczególności w jego ostatnim dziele *Wprowadzenie do Ontolo-*

gii Bytu Społecznego (1971—1976, tłumaczenia polskie 1982—84), źródła inspiracji teoretycznoprawnej.

2. Praca zawiera rzetelnie przedstawiony i udokumentowany zarys biograficzny i analizę bibliograficzną dzieł G. Lukácsa (część I). Interesujący jest opis zetknięcia się młodego Lukácsa z prawem na studiach i jego kontaktów z F. Somló i G. Radbruchem.

Część II pracy traktuje o ontologii w ujęciu Lukácsa, uznawaną przez autora chyba przesadnie za „rewolucję kopernikańską”. Uznaje, że ontologiczne podejście do prawa daje metodologiczną możliwość przezwyciężenia „socjalistycznego normatywizmu” (rozdz. 4), przedstawia ontologiczne pojęcie prawa (rozdz. 5) traktując je jako możliwość „ogólnej odnowy (*renewal*) marksizmu” (rozdz. 6). Praca zawiera ponadto dodatek dotyczący pojęcia rzeczy i reifikacji prawa.

3. Należy przezwyciężyć „socjalistyczny normatywizm” (rozdz. 4.2), utożsamiany z poglądami Wyszyńskiego, który — zgodnie z historycznymi potrzebami społeczno-politycznymi — odrzucił wcześniejsze wersje teorii marksistowskiej i, narzucił koncepcję prawa jako systemu norm, wiążąc determinizm ekonomiczny ze scentralizowanym woluntaryzmem politycznym. Koncepcje te oraz z nimi związana praktyka cechowały okres stalinizmu krytykowany przez G. Lukácsa, który opowiadał się za kontynuowaniem linii leninowskiej (s. 83).

Koncepcje „socjalistycznego normatywizmu” są krytykowane również poza nurtem ontologii G. Lukácsa i to w bardzo różnorodnych kierunkach. Przykładowo mamy do czynienia z pewnym powrotem do ujmowania prawa jako stosunków społecznych przez Paszukanisa², z rozważaniem możliwości socjalistycznego prawa natury³ oraz z traktowaniem prawa jako ujmowanego wielopłaszczyznowo zjawiska złożonego⁴.

4. Cechę charakterystyczną ontologii G. Lukácsa stanowi „podejście całościowe” (s. 75). Zdaniem C. Vargi „utrzy-

¹ J. Paszukanis: *Ogólna teoria prawa a marksizm*, Warszawa 1985; I. Szabo: *Fondements de la théorie du droit*, Budapest 1973 i rec. w PIP nr 10/1974.

² Por. ostatnio J. Zajadło: *Marksistowska doktryna prawa natury in statu nascendi czy rehabilitacja antypozytywizmu*, PIP nr 9/1986.

³ Np. por. ogólnie W. Lang, J. Wróblewski i S. Zawadzki: *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, 3 wyd., rozdz. 2.2.4; 2.3.5 i lit. cyt.

¹ J. Wróblewski: *Filozoficzne problemy teorii prawa. Rozważania metodologiczne*, PIP nr 11/1974, por. P. J. Smoczyński: *Dyskusje wokół filozofii prawa w polskim prawnictwie powojennym. Zarys zagadnień*, *Studia Filozoficzne* nr 2—3/1985 i cyt. lit.

mywanie ciągłości i potrzeba wewnętrznej odnowy jest sformułowana jako harmonijna jedność, podstawą której jest sama *Ontologia* (powołane wyżej dzieło Lukacsa — JW) jako ścisła rekonstrukcja metodologicznych idei Marksa, ukształtowanych w bardziej czy — mniej systematyczną całość" (s. 157).

Zgodnie z takim podejściem holistycznym prawo jest ujęte „w kontekście społecznej całości (*social totality*)", (s. 96). C. Varga konkretyzuje tę tezę przez określenie: „prawo jest (1) szczególną sferą w całości społecznej, (2) ze swej natury jest kategorią praktyczną i (3) stanowi narzędzie instytucji", która (Lukacs cytuje Webera) „zarządza monopolem zgodnego z prawem przymusu państwowego" (s. 100).

Określenie to w oderwaniu od kontekstu ontologicznego nie różni się znacznie od ujęcia „socjalistycznego normatywizmu" prócz pominięcia tezy, że prawo jest systemem reguł i braku podkreślenia klasowego charakteru prawa. Swoiste dla koncepcji jest, że rzeczywistość, której częścią jest prawo, stanowi kompleks rozmaitych kompleksów cząstkowych we wzajemnej interakcji (s. 102), polegającej na rozmaitych formach pośredniczenia (*mediation*) (rozdz. 5. 1. 3.), której pojęcie nie jest jednak ściśle określone (s. 109).

Nasuwa się jednak pytanie, czy prawo ma charakter normatywny i jaką rolę grają w nim reguły. Być może normatywność prawa wyraża się przez jego obiektywizację w postaci instytucji: prawo przez instytucjonalizację powstaje z pierwotnego „niby-prawa" (s. 114), prawo pozytywne jest bardziej zinstytucjonalizowane niż prawo natury (s. 117), a sprzecznością wewnętrzną prawa jest stosunek jego obiektywizacji do funkcjonowania (rozdz. 5.2.3), co odpowiada stosunkowi reguły do jej stosowania względnie skuteczności. Prawo jako norma jest implikowane w koncepcji obowiązywania (rozdz. 5.2.4), które jest „organizującą zasadą w kompleksie prawa, a dzięki skuteczności zaczyna ontologicznie istnieć w aktualnym procesie pośredniczenia (*mediation*)" (s. 137).

Złożoność prawa w tej ontologii jest złożonością w sensie słabym⁵, tzn. prawo jest kompleksem ujętym w ramach jedności kompleksu, którym jest świat ujmowany materialistycznie.

Złożoność prawa i jego normatywność

nasuwają szereg pytań z punktu widzenia zagadnień dyskutowanych w naszej teorii.

5. W recenzji muszę pominąć wiele interesujących zagadnień, jak relacje bazy i nadbudowy (rozdz. 5.2.4) prawo jako odbicie rzeczywistości (rozdz. 5.3), ontologiczne znaczenie zawodów prawniczych (rozdz. 5.4.3).

Zdaniem C. Vargi dzieło G. Lukacsa „jest wartościowym przyczynkiem do marksistowskiego myślenia prawniczego i co najmniej przyczynić się może do szczególnej inspiracji w formułowaniu teoretycznej syntezy" (s. 158). Powoływane fakty wpływu tej myśli na naukę węgierską potwierdzają tę tezę (s. 94), a zwłaszcza świadczy o tym recenzowana praca. Jej lektura potwierdza pogląd, że trudno jest filozoficznie wyjaśnić ontologiczną złożoność prawa, łącząc jego normatywność z materialistycznym monizmem.

Jerzy Wróblewski

⁵ J. Wróblewski: *Problem of Ontological Complexity of Law*, „*Theoria-segunda epoca*", nr 3/1986.

86.05.004 ВАРГА Ч. ВНУТРЕННЯЯ МОРАЛЬНОСТЬ ПРАВА.

VARGA C. A jog belso erkölcsi sége. - Valóság. - Bp., 1984. - 6. sz., - 8. old.

Чаба Варга - кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права ВАН.

По мнению автора, система связей между правом и моралью может рассматриваться двумя способами. Первый - философский; он исследует, каким образом относятся друг к другу две отдельные системы норм, в какой степени право содержит в себе мораль и в какой степени мораль стоит за правом как поддерживающая его и оказывающая на него влияние система. Сторонники второго направления исходят исключительно из права; вопрос о внутренней моральности права рассматривается ими отдельно. Под этим вопросом понимается вопрос о том, охраняет или право в процессе правотворчества моральную целостность.

Однако прежде чем ответить на данный вопрос, необходимо выяснить, что есть право: явление "чисто формальное" или же ценностное. В ходе правотворчества государство предлагает своим гражданам различные ценности: оно предписывает свою волю, вооружившись нормативной силой, указывает, какое поведение оно считает желательным, какое - запрещенным, какому отдается предпочтение, какое влечет за собой санкции. В соответствии с этим нарушитель закона нарушает также моральные нормы. Но совершенно по-иному складывается ситуация, когда право проводит регулирование "дисфункциональным образом" или если его

предписания (запреты), сталкиваясь с общественными условиями, остаются недейственными. Так бывает, например, когда целью установления налогов является не обеспечение государственного дохода, а прекращение какой-либо деятельности (например, коневодства).

В подобных случаях, подчеркивает автор, поведение в соответствии с юридическими правилами ведет к тому, что осуществляющий его оказывается в невыгодном положении. Это, конечно, не влечет за собой юридического наказания, однако не встречает и моральной поддержки. По существу то же положение складывается и в том случае, когда право выдвигает такие запреты, санкционирует такое поведение и таким образом, что "преступный" характер запрещенных действий и их моральное осуждение не реализуются (например, штраф за нанесением ущерба окружающей среде, который можно включать в цену того или иного товара, с которым можно поступать точно так же).

В таких случаях граждане по существу лишь "калькулируют" юридические предписания, однако не идентифицируют себя с ценностями, содержащимися в этих предписаниях. Если же предположить, что право обладает моральностью и те, которым оно адресовано, идентифицируют себя с ней, то можно говорить о внешнем моральном доверии по отношению к источнику правотворчества. Если в деятельности источника правотворчества и в результатах данной деятельности можно обнаружить "моральное начало", которое, однако, не совпадает с моральными суждениями граждан, то это состояние автор определяет как внутреннее моральное доверие источника правотворчества.

Автор отмечает, что выделение Л.Л.Фуллером критерии внутренней моральности права¹⁾ – общность, публичность, направленность на действия, которые совершатся в будущем, ясная формулировка, непротиворечивость, требование

¹⁾ В соответствии с концепцией "внутренней моральности права" Л.Л.Фуллера стандарты моральной оценки права содержатся в самом понятии права. – Прим. ред.

возможного, постоянство, гармония между нормой и действием – доступны пониманию, поддаются описанию, однако не могут быть предписаны. Если же право не соответствует этим критериям, то очень скоро оно становится недействительным. Таким образом, источник правотворчества лишь в принципе имеет свободу и св отношении того, с какими правовыми последствиями связывать то или иное поведение. Содержание права нельзя отрывать от социальной среды, оно не может в течение длительного времени находиться в отношениях напряженности с другими социальными комплексами (ценностями, нормами, идеологией), во взаимосвязи с которыми оно развивается. Поэтому, делает вывод автор, анализ внутренней моральности права всегда актуален, хотя и не имеет первостепенного значения.

К. Самел

Реферат представлен
Библиотекой ВАН